

En Logroño, a 2 de febrero de 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros Sres. D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano y D<sup>a</sup> Ana Reboiro Martínez-Zaporta, actuando como Secretario en funciones el Consejero de menor edad, D. Enrique de la Iglesia Palacios (art. 9.2 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del Consejo), y siendo ponente D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

1/22

*Correspondiente a la revisión de oficio, instada por el Ayuntamiento de Alfaro, a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública, de la modificación verbal del contrato conjunto del proyecto y obras, para la sustitución del césped artificial en el campo de fútbol del polideportivo municipal.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del asunto

#### Preliminar

En el presente dictamen empleamos las siguientes **siglas y abreviaturas**:

- Ap/s.= apartado/s (de un precepto o disposición).
- Art/s.= Artículo/s.
- Ayuntamiento= Ayuntamiento de Alfaro.
- BOR= Boletín Oficial de La Rioja.
- CAR= Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Cc= Código Civil
- CCR= Consejo Consultivo de La Rioja.
- CE= Constitución española.
- DA= Disposición/es adicional/es.

- DCCR.= Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja.
- DCE= Dictamen del Consejo de Estado.
- DD= Disposición/es Derogatoria/s.
- DF= Disposición/es Final/es.
- DG= Dirección/Director/a General.
- EAR'99= Estatuto de Autonomía de La Rioja vigente en su redacción de 1999.
- FJ= Fundamento Jurídico.
- JGL= Junta de Gobierno Local
- LBRL'85= Ley (estatal) 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen local.
- LCCR= Ley (de la CAR) 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja.
- LCSP'17= Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- LGP'03= Ley (estatal) 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
- LHL'04= Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- LPAC'15= Ley (estatal) 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.
- LSP'15= Ley (estatal) 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público (LSP)
- PCAP= Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- PPT= Pliego de prescripciones técnicas.
- RCAP'01= Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
- RCCR= Reglamento (de la CAR) del Consejo Consultivo de La Rioja, aprobado por el Decreto 8/2002, de 24 de enero.
- RD= Real Decreto.
- ROF'86= Reglamento (estatal) de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre.
- SGT= Secretaría/Secretaria/o General Técnico.
- STC= Sentencia del Tribunal Constitucional.

-STS= Sentencia del Tribunal Supremo.

-TAG= Técnico de Administración General

-TRRL= Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

### **Primero**

El Ayuntamiento de Alfaro ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio, de cuyo expediente resultan los siguientes antecedentes de interés:

1. Por Acuerdo de la JGL, de 2-09-2020, el Ayuntamiento actuante adjudicó el *contrato conjunto del proyecto y obras, para la sustitución del césped artificial en el campo de fútbol del Polideportivo municipal*, a la empresa C.C.H.G.LL.S.L. (en adelante, la empresa/contratista/constructora) conforme al proyecto aprobado por dicho Ayuntamiento. El contrato fue formalizado en documento administrativo con fecha 10-09-2020, y su importe era de 289.830,70 euros (IVA incluido).

2. En la misma sesión, la JGL adjudicó el *contrato de Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de las obras de sustitución del césped artificial en el campo de fútbol del polideportivo municipal a E.C.S.L.P.* (en adelante, Dirección de Obra). El contrato fue formalizado en documento administrativo con fecha 17-09-2020 y su importe era de 9.075,70 euros (IVA incluido).

3. El 1-12-2020, la Dirección de Obra presentó al Ayuntamiento un escrito, poniendo de manifiesto que tras la retirada del césped artificial se han detectado deficiencias en los anclajes de las porterías (se adjuntan fotografías). Propone, en consecuencia, disponer 2 zapatas bajo todos los postes de las porterías, de forma que se le aporte una base firme a los postes verticales fijos sobre los que pivota la portería. Se estima que el coste de esta obra serían unos 300 euros por poste (son 8 postes) y evitaría constantes reparaciones futuras. Se adjunta también un croquis de la obra propuesta.

El Informe recomienda realizar esta actuación en el momento actual de la ejecución de la obra, antes de la instalación del nuevo césped, a la mayor brevedad posible, dado que dicha instalación estaba prevista para la semana siguiente.

4. A la vista del anterior escrito, mediante Resolución de Alcaldía, de 3-12-2020, se inició el procedimiento en orden a la modificación del contrato y se requirió a la empresa contratista para que presentara la documentación necesaria para su tramitación. Dicha Resolución, según consta en el informe de la SG del Ayuntamiento, de 15-09-2021, fue notificada a la empresa contratista y a la Dirección Facultativa en "*fechas 3 y 4 de diciembre de 2020, respectivamente*".

5. El 4-02-2021, la empresa constructora presentó escrito y documentación adjunta relativa a la modificación del contrato. El Proyecto modificado incluye el precio descompuesto como "*anclaje de porterías de fútbol 8*", por importe de 274,87 euros. El importe total será el correspondiente a esas 8 unidades más gastos generales, beneficio industrial e IVA. En la misma fecha, la Directora de obra emitió informe favorable a la modificación del contrato.

6. El 9-02-2021 el Arquitecto Municipal, realiza un informe en el que hace constar que "*el proyecto modificado está justificado y los precios son de mercado –pero como se puede comprobar tanto en el expediente como en el campo- las obras ya han sido ejecutadas*".

7. El 17-02-2021, la Arquitecta Técnico Municipal emitió informe sobre finalización de obra y ajuste de la misma al proyecto, indicando que la obra se ajusta al proyecto aprobado en su integridad, a excepción de los anclajes de las porterías, respecto a los cuales se estaba tramitando un modificado de proyecto.

No obstante, a su juicio y al margen de las consecuencias que tenga la ejecución del referido modificado sin la previa aprobación por el órgano de contratación, no existe impedimento para la recepción de la obra, puesto que el modificado se ha ejecutado correctamente.

8. El 19-02-2021 se formalizó el Acta de Recepción de las obras, en la que figura la advertencia de la Intervención municipal en sentido desfavorable a la comprobación material de la obra y su remisión al Informe de Intervención de fecha 18-02-2021, en el que se pone de manifiesto que existe una modificación del contrato que se ha ejecutado sin estar aprobada de acuerdo con la normativa aplicable, por lo que propone que se posponga la recepción de la obra hasta la aprobación de la modificación, sin perjuicio de que, al haberse incurrido en omisión de la función fiscalizadora, se requiera de un pronunciamiento posterior sobre la necesidad de revisión de oficio de las actuaciones practicadas, incurso en nulidad de pleno derecho por haber incurrido en omisión total y absoluta del procedimiento establecido.

9. El 2-06-2021, se emitió informe por la Técnico de Asesoría Jurídica. En el se subraya que i) la ejecución efectuada de obras no contempladas en el Proyecto obliga a considerar que se ha producido un **“supuesto de nulidad de pleno derecho al haberse contratado verbalmente una prestación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento”**; ii) que, en consecuencia, debe iniciarse un procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo consistente en la vía de hecho de ejecución material sin procedimiento, en decir **“permitir o tolerar la vía de hecho consistente en la ejecución material del modificado sin procedimiento ni acto administrativo previo que lo sustente”**; y iii) que la revisión de oficio debe ser adoptada por el Pleno, si bien entiende que su inicio puede ser realizado por resolución de la Alcaldía.

10. El 15-09-2021, emitió informe la SG, en el cual, entiende acreditado que la actuación realizada de ejecución de zapatas en los postes de las porterías, supone una modificación del contrato, ejecutada sin cumplir el clausulado contractual, y, en consecuencia, propone entre otros:

*“Primero.- Iniciar un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones consistentes en tolerar o permitir la ejecución material de los trabajos descritos (ejecución de 2 zapatas bajo sendos postes en cada portería de fútbol 8) no contemplados en el Proyecto, sin la tramitación y aprobación previa del procedimiento legalmente establecido para la modificación contractual.*

*La indemnización resultante, sin computar las partidas de beneficio industrial y gastos generales, en aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 53.E del PCAP, es de 2660,74 euros.*

*Segundo.- Iniciar procedimiento en orden a la imposición de penalidades a la **empresa contratista**, por el incumplimiento de las normas establecidas en la Cláusula 44 del PCAP para ejecutar modificaciones del contrato, lo que constituye infracción muy grave prevista en la Cláusula 55.C.g) del PCAP.*

*Se propone la imposición mínima (0,9%) del precio de adjudicación, (IVA excluido), resultado un importe 2.155,76 euros.*

*Tercero. En aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 53.E. del PCAP, esta penalización se deberá descontar del pago a realizar por el importe del coste material de los trabajos realizados correspondientes a la modificación 'de facto' del contrato".*

El importe a compensar a la empresa por la ejecución de los trabajos asciende así a 504,98 euros.

No consta en el expediente, pero según señala la Resolución de la Alcaldía 16-09-2021, la STG emite también el 15-09-2021 un informe con idéntica fundamentación al anterior pero referido, esta vez, a la **dirección facultativa**. Respecto a ésta concluye:

*"Esta falta de atención al requerimiento es un incumplimiento del contrato calificado como infracción muy grave (Cláusula 50.B.e) del PCAP).*

*Teniendo en cuenta que la documentación relativa al modificado se presentó finalmente, (febrero de 2021) se propone la imposición de la sanción en su grado mínimo, esto es, multa por importe equivalente al 0,9% del precio de adjudicación, IVA excluido.*

*Siendo el precio de adjudicación de 7.500,00 euros, resulta una penalización de 67,50 euros.*

*En aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 51 del PCAP, esta penalización se debe descontar de las cantidades que, en concepto de pago, deba abonarse al contratista".*

## **Segundo**

Mediante dos Resoluciones de la Alcaldía, de fecha 16-09-2021, se inicia el procedimiento en orden a imposición de penalidades a la empresa contratista y a la empresa adjudicataria del contrato de dirección de obra, en los términos referidos del informe de la SGT y, en ambos casos, se abre un plazo de audiencia de cinco días naturales.

## **Tercero**

La constructora presentó un escrito de **alegaciones** el 24-09-2021, que, básicamente, concluye en el hecho de que la ejecución de los trabajos fue realizada por indicación del Alcalde y siguiendo sus expresas instrucciones:

La constructora subraya que se trató de una actuación urgente, resultado de una necesidad que no había podido ser prevista con anterioridad a la ejecución de las obras y subraya la existencia de "instrucciones expresas de la Dirección de Obra y del Alcalde". "Nunca hubo -añade- una aprobación tácita sino expresa"

En el mismo sentido, afirma que: i) "fue el Alcalde el que de forma expresa y concreta ordenó la ejecución de las obras por el riesgo existente y porque la empresa que colocaba el césped indicó que se marchaban si no podían concluir los trabajos, sin asegurar cuándo volverían"; y ii) "en todo momento, de forma verbal el Alcalde y la Dirección de obra, aseguraron al abajo firmante que nunca se impondrían sanciones por continuar la obra sin finalización del procedimiento de modificación".

Las anteriores alegaciones, fueron objeto de un **informe de los Servicios Jurídicos** de 13-10-2021. En él se subraya:

Que, salvo supuestos de emergencia, no cabe la contratación verbal o una modificación contractual con igual carácter. De modo que la modificación del contrato operada, en este caso, sin tramitación administrativa previa, estaría viciada de nulidad *ex art. 47.1 e) LPAC'15*, procediendo, por tanto, la revisión de oficio para, eventualmente, indemnizar al contratista.

En relación a la orden verbal de ejecución por parte del Alcalde, el informe se limita a señalar i) que el alegante está obviando *“que no viene a ser ello posible, pues únicamente los supuestos de extraordinaria excepción (emergencia) pueden ser objeto de contrato verbal, demostrando así absoluto desconocimiento del sistema de contratación pública”*; y ii) que *“no ha quedado acreditado de manera suficiente que la ejecución del modificado sin la previa tramitación administrativa deviniese para el contratista en una orden ineludible de la Dirección de la obra o de la propiedad”*.

Al contrario: ha quedado totalmente acreditado que la empresa incurrió en la infracción contemplada en la Cláusula 55.C.g del PCAP: la ejecución de trabajos no contemplados en el Proyecto original sin la previa aprobación de la modificación contractual que amparase dicha actuación; y que, por ello procede la imposición de penalidades a la empresa contratista, por importe de 0.9% del precio de adjudicación

#### **Cuarto**

A través de dos Resoluciones de la Alcaldía, de fecha 13-10-2021, se resuelve imponer **penalidades por incumplimiento contractual**: i) a la empresa constructora, por importe de **2.155,76 euros**, que, una vez deducido el importe de los trabajos relativos al modificado del proyecto (2.660,74 euros), queda en 504,98 euros; y ii) a la empresa adjudicataria del contrato dirección de obra por importe de **67,50**, que se restarán del pago total que se le debe abonar (9.075, 00 euros), resultando entonces un importe de 9.007,50 euros.

#### **Quinto**

El 13-10-2021, la SGT emite un informe en el que, tras exponer los antecedentes anteriores, propone a la JGL el inicio del procedimiento de revisión de oficio.

#### **Sexto**

La JGL, en sesión de 13-10-2021, adoptó el siguiente acuerdo:

*“Iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones consistentes en tolerar o permitir la ejecución material de los trabajos descritos (ejecución de 2 zapatas bajo sendos postes en cada portería de fútbol 8) no contemplados en el Proyecto de LAS OBRAS DE SUSTITUCIÓN DEL CÉSPED ARTIFICIAL EN EL CAMPO DE FÚTBOL DEL POLIDEPORTIVO MUNICIPAL, sin la tramitación y aprobación previa del procedimiento legalmente establecido para la modificación contractual.”*

*“Notificar el presente Acuerdo a la empresa contratista de la obra C.C.H.G.LL.S.L., para Iniciar de oficio la tramitación del procedimiento de revisión núm. 1/2021, de acuerdo con lo establecido en el art. 106 LPAC’15, debiéndose seguir los trámites previstos en el fundamento jurídico de la presente Resolución”.*

*“Notificar el presente Acuerdo a la Dirección de Obra, E.C.S.L.P, al Arquitecto Municipal y a la Arquitecta Técnico Municipal, para su conocimiento y efectos”.*

### **Séptimo**

Consta en el expediente certificado de la SG, de fecha 3-12-2021, en el que se hace constar que han sido notificados la constructora y la Dirección de obra, no habiéndose recibido alegación alguna durante el trámite de audiencia evacuado.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado el 26 de octubre de 2021, y registrado de entrada en este Consejo el 27 de octubre de 2021, la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Alfaro sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 27 de octubre de 2021, 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**

El 22 de noviembre de 2021, detectadas algunas omisiones en el expediente remitido, se solicitó al órgano consultante que fuese completado. La ampliación documental solicitada fue recibida en este Consejo el día 11 de diciembre de 2021, y registrado de entrada el 13 de diciembre de 2021.

## Cuarto

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero

#### Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

1. El carácter preceptivo del DCCR en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 LPAC'15, 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 47.1”*.

Reiteran la necesidad del DCCR en estos casos nuestra LCCR, en su art. 11.f), y el art. 12.2.f) del Reglamento que la desarrolla (RCCR).

2. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPAC'15, el DCCR en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

### Segundo

#### Tramitación del procedimiento de revisión de oficio

1. La **tramitación** del procedimiento administrativo de revisión de oficio se ha ajustado a las previsiones legales vigentes, con la salvedad que se efectúa en el apartado siguiente.

2. En relación con el **órgano competente** para acordar la revisión de oficio, genéricamente referido a todas las Administraciones públicas en el art. 106 LPAC'15, tratándose de un Ente local, debe acudir a la LBRL'85 y a su normativa de desarrollo, de la que resulta que:

-En los Municipios de gran población (definidos en el art. 121 LBRL'85), corresponden al Pleno "*las facultades de revisión de oficio de sus propios actos*" (art. 123.1-letra l LBRL'85), y, al Alcalde, las de los suyos (art. 124.4-letra m LBRL'85).

-Según establece el art. 218 ROF'86, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los arts. 65, 67 y 110 LBRL'85, "*los órganos de las Entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*".

-El art. 110.1 LBRL'85 atribuye expresamente al Pleno la competencia para la declaración de nulidad de pleno Derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, luego, si esta es la regla especial para este tipo de actos (los de gestión tributaria), parece razonable que sea también la regla general para los demás, porque expresaría un principio lógico, en función del cual la potestad revisora máxima debe ser ejercida por el órgano plenario de la Corporación.

-Además, cuando se trata de actos anulables (no de actos tributarios, sino de actos administrativos en general), el Alcalde sólo tiene competencia para proponer al Pleno la declaración de lesividad (art. 21.1-letra l LBRL'85), ya que las facultades para declarar la lesividad corresponden exclusivamente al Pleno (art. 22.2-letra k LBRL'85), algo que también establece el art. 107.5 LPAC'15. De ello se desprende que, si el Alcalde no puede lo menos (iniciar la declaración de la lesividad de un acto anulable), difícilmente podrá lo más (iniciar la declaración de la nulidad de un acto nulo).

En base a lo expuesto, compete al Pleno de la Corporación el acuerdo revisor, pero igualmente, a juicio de este Consejo Consultivo, le corresponde la competencia para iniciar el procedimiento y, por tanto, no parece acertada la atribución de la Resolución de inicio de este procedimiento al Alcalde, que efectúa el informe jurídico de 2-06-2021, atendiendo al hecho de que ello viene siendo lo habitual.

El Pleno, por lo demás, tiene también asignada la competencia para el ejercicio de las acciones administrativas (art. 22.2-letra j LBRL'85), expresión próxima al ejercicio de la potestad revisora de oficio de actos nulos.

Dicho lo anterior, y habiendo sido finalmente la JGL quien dictó la Resolución de inicio del procedimiento revisor (en atención, a la Resolución de la Alcaldía de 19 de mayo de 2020, por la que se delegan en la Junta de Gobierno Local todas las atribuciones conferidas a la Alcaldía como órgano de contratación), considera igualmente este Consejo

que dicho defecto podría resultar subsanado si la Resolución final que en el mismo se adopte es acordada por el Pleno de la Corporación.

**3.** Respecto al **plazo**, tal y como dispone el art. 106.5 LPAC'15, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio. Si se hubieran iniciado de oficio, como es nuestro caso, transcurridos dichos 6 meses sin dictarse resolución, se producirá su caducidad.

Esta previsión ha de ser puntualizada en función de lo establecido en el art. 22.1.d) LPAC'15, a cuyo tenor, *“el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender ... cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”*. Y, en el presente caso, consta que la Resolución de inicio (en el ap. tercero de su parte dispositiva) acordó *“suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del dictamen del Consejo Consultivo y la recepción de dicho dictamen”*. Ahora bien, esta apreciación ha de ser cohonestada con lo establecido en el art. 15.1 de nuestra Ley Reguladora (LCCR), a cuyo tenor *“los dictámenes del Consejo Consultivo han de ser emitidos en un plazo de treinta días a contar desde la recepción del expediente”* (en el mismo sentido, art. 14.1 RCC), por lo que ha de entenderse que, en el expediente que nos ocupa, el plazo general establecido en el art. 106.5 LPAC'15, ha resultado interrumpido por un período de treinta días hábiles.

Además de lo anterior, conforme a lo preceptuado en el art. 14.3 RCC, para el cómputo de los plazos para dictaminar, *“se considerarán inhábiles todos los días del mes de agosto”*.

**4.** En cuanto a los **límites** de la revisión de oficio, ésta, ciertamente, puede ser ejercitada en cualquier momento, como establece el precitado art. 106 LPAC'15, pero conviene también tener en cuenta que esta falta de sujeción a plazo viene matizada por el art. 110 LPAC'15, al establecer que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada *“cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*; si bien, en el caso que analizamos, entendemos que no concurre ninguno de los límites señalados.

**5.** Por último, respecto al trámite de **audiencia**, que es esencial de este procedimiento, la Resolución de inicio, de 13-10-2021, de la JGL, confirió traslado a la empresa constructora y a la Dirección de obra, para formular alegaciones, si bien no se han presentado, según consta en el Certificado de la SG, de 3-12-2021.

## Tercero

### **La modificación contractual efectuada incurre en la causa de nulidad radical del art. 47.1.e) LPAC'15.**

1. De la documentación remitida a este Consejo Consultivo, se desprende lo siguiente:

1/ En fase de ejecución del contrato (1-12-2020), la empresa contratista y la Dirección de obra proponen la realización de una obra no prevista inicialmente.

2/ Ello motiva una Resolución de la Alcaldía, de fecha 3-12-2020, para iniciar el correspondiente procedimiento de modificación contractual.

3/ El 4-02-2021 tiene entrada en el registro el correspondiente proyecto modificado de obras elaborado por la constructora e informado positivamente por la Dirección de obra.

4/ El 9-02-2021, el Arquitecto municipal emite un informe en relación con dicho proyecto modificado. Considera que su realización, al igual que el coste imputado, está justificado, si bien, y esta es la clave, **hace constar que la obra en cuestión ha sido ya realizada.**

El resultado de lo anterior —podemos ya adelantar— es que no hallamos frente a una modificación contractual realizada “*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”, lo que incurre en la causa de nulidad radical del art. 47.1.e) LPAC'15.

2. Los arts. 203 y ss. de la LCSP'17 establecen dos tipos de modificaciones contractuales ligadas, en ambos casos, a razones de interés público: las “*previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares*” (art. 204 LCSP'17) y las “*no previstas*” en esa documentación (art. 205 LCSP'17):

Respecto a las modificaciones “*previstas*”, el art. 204 LCSP'17 exige que, en los citados pliegos:

“*se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la de forma y con el contenido siguiente: ...*”.

Pues bien, en el Pliego que nos ocupa, la cláusula 31º no prevé esta hipótesis, ni ha sido, por lo demás, discutido el hecho de que el supuesto planteado sería —de ser— un

caso subsumible en los de las modificaciones contractuales no previstas del art. 205 LCSP'17.

Por lo que hace así a las modificaciones “no previstas”, el art. 205.1 LCSP'17 establece que:

*“1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:*

- *Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.*
- *Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”.*

Por su parte, el citado apartado segundo del art. 205 LCSP'17, establece tres supuestos que, eventualmente, podrían justificar una modificación no prevista.

En su letra a) se prevé la necesidad sobrevenida de **añadir obras, suministros o servicios:**

*“Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:*

*1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.*

*En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.*

*2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

Su letra b) se refiere a la modificación derivada de **circunstancias sobrevenidas que resultaban imprevisibles:**

*“Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:*

- 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*

*2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*

*3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido*

Y, en la letra c), se regula la posibilidad de modificar el contrato si se trata de una **modificación de carácter “no sustancial”**, siempre cuando su necesidad se justifique “especialmente” y se indiquen las razones por las que no se incluyeron las nuevas prestaciones en el contrato inicial.

El precepto continúa con la exposición de determinados supuestos de modificación que, en todo caso, se consideran sustanciales y, por ende, prohibidos. Y éstos, dicho sea de paso, evidencian una intensa restricción legal de las hipótesis que cabe entender subsumibles en una alteración contractual no sustancial.

Una modificación se entiende así sustancial por la Ley si cumple cualquiera de las siguientes condiciones:

*“1º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”.*

*“2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial”.*

*“3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato”.*

**3.** El supuesto de modificación no prevista que nos ocupa no plantea, sin embargo, un problema en orden a determinar concurrencia o no de los requisitos legales que permiten realizar tal modificación. Y es que, al margen de que puedan entenderse cumplidos dichos requisitos, el problema es que se ha procedido a realizar la modificación extramuros del procedimiento legal establecido.

En relación a la forma de ese procedimiento, el art. 203 de la LCSP'17 se remite al art. 191, con las particularidades previstas en el art. 207. De modo, pues, que, en esencia, la modificación del contrato requiere: **i)** que se tramite un expediente de modificación contractual; **ii)** que se dé audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si se han realizado por un tercero ajeno; **iii)** que se dé audiencia previa al contratista; **iii)** que el órgano de contratación dicte una resolución formal de modificación del contrato (art. 153), previo informe del servicio jurídico correspondiente (salvo en los casos previstos en los arts. 109 y 195) y, en su caso, del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la CA respectiva; y **iv)** que se publique la modificación

en el *perfil del contratante* del Ayuntamiento, al igual que debió ser publicada la adjudicación del contrato mismo (arts. 154.1 LCSP'17).

De forma expresa, además, en relación con la modificación del contrato de obras, el art. 242.4 LCSP'17 señala que

*“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”.*

Y, a mayor abundamiento, la Cláusula 44 B del Pliego del contrato que nos ocupa recoge, expresa y detalladamente, todo el procedimiento que debe seguirse en caso de modificación:

*“PROCEDIMIENTO PARA REALIZAR MODIFICACIONES*

*El procedimiento para realizar estas modificaciones será el siguiente:*

- 1. Informe técnico del Director de obra indicando la necesidad de modificación del contrato y especificando las razones de interés público que exigen esa modificación y concretando el supuesto de modificación prevista o no prevista en la que se considera tiene encaje contractual la modificación.*
- 2. Audiencia al redactor del proyecto, si es diferente al director facultativo de la misma, para que, en un plazo no superior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente a la propuesta de modificación del proyecto de obras.*
- 3. Informe de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato sobre la concurrencia de las circunstancias contractuales y legales que amparan la modificación contractual propuesta.*
- 4. Análisis de la necesidad detectada y sus circunstancias por el órgano de contratación del contrato de cuya modificación se trata y, en su caso, acuerdo de inicio del expediente de modificación del contrato si éste estima oportuna la modificación contractual planteada por la Dirección de obra. En este acuerdo el órgano de contratación acordará la suspensión temporal, total o parcial, de los trabajos, si se estima técnicamente necesario en tanto se tramita la modificación.*
- 5. Certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente para atender los mayores gastos que, en su caso, suponga la modificación propuesta.*

6. *Comunicación al contratista de la propuesta de modificación de contrato, y concesión de un de un plazo de tres días hábiles para manifestar lo que estime oportuno al respecto.*
7. *Redacción y supervisión del proyecto modificado.*
8. *Informe jurídico del expediente de modificación por la Secretaría general/Asesoría jurídica.*
9. *Fiscalización del expediente por la Intervención municipal.*
10. *Aprobación por el órgano de contratación de la modificación del contrato y, en su caso, de los gastos complementarios precisos.*
11. *Notificación al contratista del acuerdo de modificación*
12. *Reajuste de la garantía definitiva por parte del contratista si la modificación implica incremento del precio de ejecución.*
13. *Formalización de la modificación tramitada, como anexo al contrato inicial.*
14. *Ejecución del modificado.”*

4. Prácticamente nada de esto aconteció en el caso que examinamos. A pesar de que, con los datos obrantes en el expediente, no es posible determinar cuándo se realizó exactamente la obra no prevista, a la vista del informe del Arquitecto municipal, si puede afirmarse que se hallaba ya completamente ejecutada el 17-02-2021. Por tanto, mucho antes de que el expediente de modificación abierto acabase su tramitación y, singularmente, antes de que el órgano de contratación acordase la modificación.

En consecuencia, se ha prescindido por completo del procedimiento establecido para acordar una modificación contractual, lo que obliga a concluir que dicha modificación está aquejada de nulidad ex art. 47.1 e) LPAC'15.

#### **Cuarto**

#### **Las actuaciones consistentes en tolerar o permitir la ejecución de trabajos no previstos en el contrato de obra suscrito el 17-09-2020 constituyeron un encargo verbal de modificación de dicho contrato**

La realización de estas obras no contempladas en el proyecto y, consecuentemente, fuera del objeto del contrato —señala el informe jurídico de 2-06-2021—, “*obliga a considerar que se ha producido un supuesto de nulidad de pleno Derecho **al haberse contratado verbalmente una prestación** prescindiendo total y absolutamente del procedimiento”*”.

No obstante, tras la anterior alusión a la contratación verbal, el citado informe, así como toda la documentación siguiente que ha generado este expediente, centra el acto nulo a revisar en *“las actuaciones consistentes en **tolerar o permitir la ejecución material de los trabajos descritos** (ejecución de 2 zapatas bajo sendos postes en cada portería de fútbol 8) no contemplados en el Proyecto, sin la tramitación y aprobación previa del procedimiento legalmente establecido para la modificación contractual”*.

Por su parte, en términos más claros, la empresa constructora, en su escrito de alegaciones, insiste en que la ejecución de estas obras no previstas respondió a instrucciones expresas de la *“dirección de obra y del Alcalde”*, *“el Alcalde... ordenó a la empresa que representó ejecutar las obras al precio facturado”*, por el riesgo existente y por su urgencia, dado que se iba ya a instalar el nuevo césped; y *“en todo momento, de **forma verbal**, el Alcalde y la Dirección de obra aseguraron al abajo firmante que nunca se impondrían sanciones por continuar la obra sin la finalización del procedimiento de modificación”*.

Es obvia la dificultad de acreditar los hechos anteriores alegados por el contratista, dada su propia naturaleza verbal, pero, a juicio de este Consejo, resulta razonable concluir la efectiva existencia del referido encargo verbal del Ayuntamiento para realizar las obras, teniendo en cuenta dos consideraciones:

1/ En primer lugar, ni en el examen de estas alegaciones por parte de los servicios jurídicos, ni en el resto de resoluciones e informes obrantes en el expediente, se ha desmentido o negado expresamente la existencia de las aludidas instrucciones verbales. Es más, en el informe jurídico de 13-10-2021, al alegado encargo verbal del Alcalde se contrapone la imposibilidad jurídica de efectuar tal encargo verbal, no su inexistencia. Y, en la misma línea, se señala que el contratista no ha acreditado que la ejecución de la obra, sin la previa modificación contractual, *“deviniese para el contratista en una orden ineludible de la Dirección de obra o de la propiedad”*.

2/ En segundo lugar, resulta especialmente indiciario el propio hecho de que el Ayuntamiento haya iniciado un procedimiento de revisión de oficio que, si bien no liga expresamente a la realización de un encargo verbal de obra, lo delimita como *“actuaciones consistentes en tolerar o permitir”* su ejecución.

A pesar, así, de esa determinación un tanto crítica del objeto de revisión, dichas actuaciones no parece que expresen sino la existencia de un consentimiento mutuo (por más que su forma no sea la exigida legalmente) entre el Ayuntamiento y la contratista efectuado de *palabra o verbalmente* o, si se prefiere, a través de actos *tácitos* de significado concluyente (*facta concludentia*).

En consecuencia, a juicio de este Consejo, en el caso que nos ocupa, la Administración local actuó verbalmente, contraviniendo la prohibición legal del art. 37.1 LCSP'17 y -como veíamos en el fundamento anterior- "*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*" para poder acordar una modificación contractual, lo que incurre en la causa de nulidad radical del art. 47.1.e) LPAC'15.

## Quinto

### **Sobre la nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos objeto de revisión y sus efectos**

#### **1. Normativa aplicable.**

A la hora de resolver el caso sometido a nuestra consideración, hemos de indicar previamente cual es la normativa que debe aplicarse a la materia objeto del presente dictamen, y así debemos señalar la siguiente:

**A)** Con carácter general, el art. 106 LPAC'15 establece:

*"1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1 (...)*

*4. Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma".*

**B)** La LCSP'17 no incluyó un régimen de invalidez específico para las modificaciones que vulneran los arts. 203 y ss., limitándose a regular el régimen de invalidez del contrato (Capítulo IV), por lo que, en la precitada materia (modificación de un contrato administrativo) hemos de acudir a lo dispuesto en el art. 47. 1 e) LPAC'15, a cuyo tenor:

*"Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ... e) 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 este sentido, el DCE 454/1996, de 8 de febrero, ya vino a recordar que "*la modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se*

*constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido”.*

De otra parte, con arreglo al art. 42 LCSP'17, los efectos de la nulidad del contrato o, como en el caso que nos atañe, de la nulidad de su modificación son los siguientes:

*“Artículo 42. Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad*

*1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que 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”*

Como puede verse, la regla jurídica que late en el art. 42.1 LCSP'17 es la misma que anima, en el ámbito de la contratación civil, los arts. 1.303 y 1.307 Cc.

En efecto, la declaración de ser nulo un contrato sinalagmático obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución *in natura* fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible.

En ese segundo supuesto, la entrega del valor económico de la prestación percibida opera como un mecanismo para evitar que una de las partes se vea beneficiada, a costa de la otra, por un enriquecimiento injusto, debiendo señalarse que la *prohibición del enriquecimiento injusto* es un principio general del Derecho, (también del Derecho Administrativo), cuya operatividad ha sido proclamada por la jurisprudencia en las más diversas instituciones (especialmente en los contratos y la responsabilidad patrimonial). Así, por todas, puede citarse la STS 1ª de 15-12-1981, cuya doctrina es asumida también en las SSTS, 4ª, de 13-03-2014 y 17-07-2007; y en las SSTS, 3ª, 22-05- 2000, 13-02-2002 y 04-02-2009.

Pero, obsérvese bien que, en supuestos como el que nos atañe, como ha reiterado este Consejo (por todos, D.3/20), la obligación de que el Ayuntamiento indemnice a la empresa constructora con una cantidad económica no deriva de un principio general del Derecho (la *interdicción del enriquecimiento injusto*), sino de una fuente normativa prevalente *ex art. 1.1. Cc*, como es un precepto del ordenamiento jurídico positivo, el precitado art. 42.1 LCSP'17.

Una vez sea fijada esa indemnización, la cantidad de dinero correspondiente no tendrá la condición de *precio de un contrato*, sino que obedecerá a un concepto bien distinto, de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria: el de *equivalente económico de una prestación* que, debiendo ser restituida precisamente por la nulidad de aquel contrato, no puede serlo *in natura*.

Por ello, al fijar esa indemnización, la Administración local estará ejerciendo una competencia administrativa específica -la de liquidar un contrato nulo-, que está prevista por el art. 42 LCSP'17, y que, según la configura ese precepto, es accesoria o complementaria a la potestad para revisar de oficio los actos administrativos dictados en materia contractual, debiendo ponerse en juego cuando tal revisión entrañe la declaración de nulidad del contrato mismo.

Desde una óptica presupuestaria, ese acuerdo municipal entrañará, dentro de las fases del procedimiento de ejecución del presupuesto de gastos, un acto autónomo de "*reconocimiento o liquidación de la obligación*" (art. 184.1-d) LHL'04 (Ley de Haciendas locales, texto refundido aprobado por RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo), en relación con los arts. 73.1.c) y 73.4 LGP'03 (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria), así como con los arts. 65.1.c) y 65.4 LHR'13 (Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda de La Rioja).

## **2. Aplicación al presente caso de la normativa expuesta**

Como ya hemos dicho, para este Consejo Consultivo resulta evidente que la modificación efectuada en la ejecución de las obras del césped del campo de futbol de Alfaro se ha llevado a cabo en base a un *encargo verbal* (el ejemplo más claro de omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido), y, por ende, concurre el motivo de nulidad previsto en el art. 47.1.e) LPAC'15.

A partir de ahí, a nuestro juicio, constituye un criterio adecuado para determinar el *valor real* de la prestación ejecutada *ex art. 42.1 CSP'17*, el presupuesto que, en su día, presentó la empresa constructora para la tramitación del expediente de modificación de la obra (fol. 135 del expediente), dado que su importe se entendió justificado y a precios de mercado por el informe del arquitecto municipal (9-02-2021) y no ha sido tampoco cuestionado posteriormente.

Ahora bien, de esta eventual indemnización por la ejecución de las obras, el Ayuntamiento excluye las partidas de gastos generales y beneficio industrial, en aplicación de la Cláusula 53 E del PCAP (PAGOS DE TRABAJOS O UNIDADES DE OBRA NO PREVISTAS):

*“Si se realizasen otras unidades de obra o trabajos sin la previa aprobación y formalización de la modificación correspondiente, el pago de estos trabajos adicionales podría realizarse por aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de una de las partes. Este abono estará condicionado a que se informe por los técnicos municipales que los trabajos realizados eran necesarios y suponen un beneficio para el interés público municipal. **El pago se limitará a los gastos de ejecución material con el IVA correspondiente, sin computar en ningún caso las partidas de beneficio industrial y gastos generales.** Además, de ese pago se descontarán las penalizaciones para los supuestos de modificaciones de facto del contrato establecidas en este pliego”.*

No corresponde ahora entrar a valorar el difícil encaje que esta previsión tiene dentro de la estricta regulación legal de las modificaciones contractuales. Y es que, dados sus términos, puede interpretarse como la previa asunción de una obligación de pago (excluidos gastos generales y beneficio industrial) de cualquier modificación *de hecho* — por ende, *ilícita*— de las obras contratadas, siempre que sea beneficiosa para el Ayuntamiento.

Sea como fuere, como hemos ya expuesto, a juicio de este Consejo debe aquí aplicarse el precitado art. 42.1 LCSP’17 y, en consecuencia, determinar el *valor real* de la obra, del que no cabe excluir el coste de los gastos generales y el beneficio industrial fijados en el contrato (131 RCAP’01 y 101.2 LCSP’17).

A la postre, dicha exclusión supondría que a la Administración le sería económicamente más beneficioso prescindir del procedimiento de modificación contractual para realizar obras no previstas.

Las obras ejecutadas que examinamos son—recordemos— consecuencia de actos de la Administración que evidencian su conocimiento y consentimiento y fueron realizadas en su beneficio; por consiguiente, de no satisfacerse el coste completo de dichas obras, estaríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto de la Administración y un correlativo empobrecimiento de la empresa contratista, contrario a Derecho (por todas, cfr. STS 3º de 15-12- 2011).

Específicamente, en relación con el beneficio industrial, debe repararse en que el contratista ha incurrido en un claro coste de oportunidad pues, al haber realizado las obras para la Administración, no ha podido realizar otras. De este modo, detraer ese beneficio industrial entrañaría, en este caso, un empobrecimiento injustificado para él, y un correlativo enriquecimiento para la Administración. A su vez, esta consecuencia se compadecería mal con el art. 42.1 LCSP’17, a cuyo tenor, la parte no culpable de la nulidad ha de ser indemnizada de los perjuicios sufridos, siendo claro a juicio de este Consejo Consultivo que, en este caso, es a la Administración Local a la que ha de atribuirse la principal responsabilidad en la irregular contratación de la obra.

Así las cosas, el importe de la indemnización que la empresa debe percibir será el correspondiente a la ejecución material de la obra, es decir, a los 8 anclajes efectivamente instalados en las porterías (2.198, 96 euros), más gastos generales, beneficio industrial e IVA.

## Sexto

### Sobre la nulidad de la imposición de penalidades y la ejecución de la revisión de oficio

1. Tal y como detallábamos en los antecedentes el supuesto que nos ocupa motivó dos Resoluciones de la Alcaldía de fecha 13-10-2021, que resuelven imponer **penalidades por incumplimiento contractual**: i) a la empresa constructora, por importe de **2.155,76 euros**, que una vez deducido el importe de los trabajos relativos al modificado del proyecto (2.660,74 euros, IVA incluido), queda en 504,98 euros; y ii) a la empresa adjudicataria del contrato dirección de obra por importe de **67,50**, que se restarán del pago total que se le debe abonar (9.075, 00 euros), resultando entonces un importe de 9.007,50 euros.

Pues bien, al margen de que no resulta procedente deducir de la penalidad impuesta una indemnización que sólo tras el oportuno procedimiento de revisión de oficio iniciado, en esta misma fecha, podrá determinarse si debe o no ser satisfecha por el Ayuntamiento y cuál debe ser su importe, a juicio de este Consejo, dichas penalidades no resultan correctas, toda vez que vienen a contradecir el propio procedimiento de revisión de oficio iniciado o, si se prefiere, privarle de sentido.

Al poner en marcha el Ayuntamiento dicha revisión de oficio está reconociendo que la modificación de la obra realizada fue consecuencia de sus actuaciones que, de modo un tanto enigmático, define como *“tolerar o permitir la ejecución de los trabajos descritos... no contemplados en el Proyecto”*. En definitiva, como veíamos, una modificación de las obras contratadas, no prevista, resultado de un encargo verbal o de actos tácitos de significado concluyente.

Carece, por tanto, de lógica —o resulta contradictorio— imponer a la vez penalidades a la contratista y a la Dirección de obra, cuando a la vista de lo anterior se habrían limitado a ejecutar el mandato verbal o tácito del propio Ayuntamiento.

En consecuencia, a fin de acomodar la actuación administrativa a los principios de eficacia, economía y celeridad establecidos en el artículo 103 de la CE, a juicio de este Consejo, la revisión de oficio y consiguiente declaración de nulidad de los actos administrativos de naturaleza verbal o no formal que dieron origen a la modificación de la obra, por coherencia, deben traer consigo la nulidad asimismo de las dos Resoluciones de

la Alcaldía de 13-10-2021 de imposición de penalidades, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso de revisión.

2. En ejecución de la revisión de oficio expresada, el Ayuntamiento debe por tanto abonar a la empresa constructora el importe de las obras realizadas determinado en el fundamento jurídico anterior, sin detracer el importe de la penalidad impuesta (2.155,76 euros).

Igualmente, del importe debido la Dirección de obra por sus servicios no debe deducirse la penalidad (67,50 euros).

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

Procede la revisión de oficio de la modificación verbal o tácita del contrato conjunto del proyecto y obras, para la sustitución del césped artificial en el campo de fútbol del polideportivo municipal de Alfaro y, por conexión, las dos Resoluciones de la Alcaldía de 13-10-2021 de imposición de penalidades.

Los efectos de esa revisión deberán ser los descritos en los F. Jcos. Quinto (apartado 2º) y Sexto de este dictamen.

### **Segunda**

La Resolución por la que se acuerde la citada revisión de oficio deberá adoptarse por el Pleno del Ayuntamiento de Alfaro.

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