

En Logroño, a 11 de noviembre de 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a Amelia Pascual Medrano y D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

64/22

Correspondiente a la consulta formulada por el Alcalde de San Vicente de la Sonsierra a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, en relación con la *Revisión de oficio a instancia de dicho Ayuntamiento relativa a la Resolución de Alcaldía n^o 2022/098, de 16 de mayo, de aprobación del modificado del proyecto de obras de red de distribución y pavimentación en Rivas de Tereso.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio, de cuyo expediente resultan los siguientes datos de interés.

1. Previo el oportuno expediente de contratación en fecha 30 de noviembre de 2021, se formalizó contrato de obras de renovación de la red de distribución y pavimentación en Rivas de Tereso, Fase 1^o, entre el Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra y el adjudicatario de las obras *WS*.

2. Eran condiciones del citado contrato las siguientes, entre otras:

-La adjudicataria se comprometía a ejecutar las obras de conformidad con el acuerdo de adjudicación, la oferta presentada, la memoria técnica, el pliego cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas y demás documentos que figuran en el expediente, los cuales son aceptados expresamente por la contratista.

-El precio del contrato se fija en la cantidad de 83.119,79 euros más 17.455,15 euros en concepto de IVA, lo que supone un total de 100.574,94 euros, abonados

mediante facturas mensuales, que presentará el contratista una vez aprobadas por el órgano competente.

-El plazo de ejecución se fija en cuatro meses a contar desde el día de la firma del acta de comprobación del replanteo y autorización de inicio de la obra.

-De acuerdo con lo señalado en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares, en este contrato no se revisarán los precios.

3. El 28 de diciembre de 2021, se firmó el acta de comprobación del replanteo en la que se hacía constar i) la conformidad del replanteo con los documentos del proyecto; ii) que las obras definidas eran viables, existiendo disponibilidad de los terrenos; y iii) que el director de la obra autoriza el inicio de la misma comenzando a contar el plazo de ejecución de las obras a partir del día siguiente.

4. En abril de 2022, la dirección facultativa, la mercantil *BI*, que además era la redactora del proyecto inicial, elabora un proyecto de modificación de las referidas obras, por considerar que durante la ejecución de las obras, los precios de los materiales han sufrido un incremento notable derivado de la situación mundial, de modo que ha sido necesario ajustar el alcance de las obras siendo necesario, además, realizar una actualización de precios de las unidades de obra. Con la indicada modificación el precio del contrato se incrementaba hasta la cantidad de 87.721,37 euros, antes de impuestos y de 106.142,86 euros, una vez aplicado el IVA correspondiente.

Los antecedentes de la memoria del Proyecto modificado de , de abril de 2022, rezan: *“Durante la ejecución de las obras los precios de los materiales han sufrido un incremento notable, lo que ha obligado a ajustar el alcance de las obras”*.

5. El Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra en sesión de 16 de mayo de 2022, aprobó el citado modificado.

La Resolución de alcaldía de 16 de mayo de 2022 dice: *“durante la ejecución de las obras, los precios de los materiales han sufrido un incremento notable derivado también de la situación en que nos encontramos, de modo que ha habido que ajustar el alcance de las obras y ha sido necesario realizar una actualización de los precios de las unidades de obra”*.

6. Posteriormente, la Dirección General de Política Local, en fecha 11 de junio de 2022, emite un informe desfavorable, al Modificado aprobado en la sesión del 16 de mayo de 2022, indicando que la modificación de un contrato administrativo se debe referir al cambio del objeto del mismo, es decir, la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio, pues ello supondría una alteración de las condiciones

que afecta a dos elementos fundamentales definidos en la fase de preparación: el presupuesto y el valor estimado.

7. Por tal motivo, el Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra, en sesión de 4 de agosto de 2022, acordó el inicio de procedimiento para la revisión de oficio del acuerdo de fecha 16 de mayo de 2022, por el que se aprobaba el modificado del proyecto de obras de renovación de red de distribución y pavimento en Rivas de Tereso.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 5 de septiembre de 2022, y registrado de entrada en este Consejo el 6 de septiembre de 2022, el Excmo. Sr. Consejero de Servicios Sociales y Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 20 de septiembre de 2022, 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

Revisado el expediente, por el Presidente del Consejo se dictó acuerdo de fecha 6 de septiembre en el que se solicitaba el complemento del expediente, al faltar varios documentos esenciales.

Cuarto

Una vez completado el expediente, fue asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, y quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

1. El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (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 dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero art. 12.2.f).

2. Estas consideraciones son íntegramente aplicables a "*la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos*" administrativos, que, de acuerdo con el art. 41.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP'17), "*se efectuará de conformidad con lo establecido en Capítulo I del Título V*" de la LPAC'15 (esto es, con los arts. 106 a 111 LPAC'15), lo que supone que la revisión de oficio de actos nulos ha de realizarse mediante el cauce formal establecido por el art. 106 LPAC'15.

En el presente caso, el Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, de la "*Resolución de Alcaldía, nº 2022-098, de fecha 16 de mayo de 2022, por la que se aprueba el modificado del Proyecto de obras de renovación de red de distribución y pavimento en Rivas de Tereso*". Por ello, sin anticipar el juicio que nos merezca el fondo de la cuestión, es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva ex art. 106.1 LPAC'15.

El Ayuntamiento invoca la causa de la letra f) del artículo 47 de la LPAC'15, para sostener la nulidad del modificado, "*Al haber sido dictado un acto expreso, contrario al ordenamiento jurídico, al haber sido adquiridas facultades o derechos, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición*", (Informe de Secretaría de 27/7/22 y Acuerdo de inicio del Pleno del Ayuntamiento de 4/8/22).

3. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPAC'15, el dictamen del Consejo Consultivo 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

Sobre la revisión de oficio

1. La revisión de oficio es una potestad jurídico-pública de autotutela directamente conferida por la ley a las Administraciones Públicas para, mediante una decisión del órgano competente y previo el procedimiento establecido, invalidar por sí mismas, con o sin previa instancia de parte interesada, sus propios actos administrativos declarativos de derechos o disposiciones reglamentarias cuando sean nulos de pleno Derecho, es decir, radicalmente nulos por incurrir en alguno de los vicios taxativamente determinados por la misma ley que la confiere y ello sin necesidad de impugnarlos antes en vía jurisdiccional, aunque sin perjuicio del eventual control judicial posterior del acto administrativo revisor.

2. El precepto que confiere la potestad jurídico-pública en que la revisión de oficio consiste es el art. 106.1 LPAC'15, a cuyo tenor: *“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 art.47.1”*.

El citado art. 47.1 LPAC'15 sólo considera incursos en nulidad radical o de pleno Derecho a los actos administrativos incursos en alguno de los siguientes casos: *“a) los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; c) los que tengan un contenido imposible; d) los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; 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; f) los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y, g) cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”*.

3. La razón de todo ello estriba en que, como se ha señalado doctrinalmente, los arts. 9.1, 9.3 y 103 CE, al constitucionalizar los principios de legalidad de la actuación administrativa, y de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, han

incorporado decididamente al ordenamiento español la doctrina de la *vinculación positiva* de la Administración a la legalidad (*positive bindung*, en la tradición jurídica alemana).

Conforme a ese criterio, en síntesis, el Derecho objetivo no es, para la Administración, un mero límite *externo*, que señale, hacia afuera, una zona de prohibición, pero dentro de la cual la actuación administrativa pueda desplegarse libre y arbitrariamente. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera *positiva*, toda actuación administrativa, pues esta no será válida si no cuenta con la cobertura de una previa norma habilitante, con la que, además, aquella actuación debe ser conforme. Expresión de esta doctrina es, también, el vigente art. 34.2 LPAC'15, a cuyo tenor "*el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos*".

4. La jurisprudencia y la doctrina han insistido, con reiteración, en la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos que tipifican las causas de nulidad de los actos administrativos. Y ello, porque la categoría jurídica de la *nulidad de pleno Derecho* es, dentro de la teoría de la invalidez del acto administrativo, una excepción frente a la *anulabilidad*, que constituye, a su vez, la consecuencia prevista, como regla general, para los supuestos en que un acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico (art. 48.1 LPAC'15).

Así lo han señalado, entre otros muchos, el Dictamen del Consejo de Estado 485/2012, de 24 de mayo, y los en él citados.

Tercero

Consideraciones previas sobre el objeto del presente expediente y sobre las posibilidades de modificación y revisión de precios de los contratos administrativos

1. En materia de contratación administrativa son reglas generales: i) el principio de la eficacia vinculante del contrato y el de la invariabilidad de sus cláusulas; ii) que la contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por ley el principio de riesgo y ventura del contratista; iii) que nuestro ordenamiento establece unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad, consistentes en reequilibrar las consecuencias económicas del contrato por causas debidas a la Administración o por hechos que puedan ser considerados como de fuerza mayor o riesgo imprevisible; y, iv) que, ese reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule supuestos específicos de alteración de la economía del contrato así como los mecanismos para lograrlo.

2. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP'17), contempla la figura de la revisión de precios como un mecanismo excepcional a la regla general de que el contrato

se realice a riesgo y ventura del contratista, con el fin de contemplar una garantía frente a la inestabilidad económica. Su finalidad es, adaptar el precio del contrato a la evolución de los costes del mismo y, evitar desequilibrios económicos que pudieran producirse durante la ejecución del contrato haciéndolo inviable. Sin embargo, esa regulación prevista en los artículos 103 a 105 de la LCSP'17, queda limitada a aquellos contratos que cumplen con una serie de requisitos: i) haberse ejecutado al menos el 20% de su importe; y, ii) que hayan transcurrido al menos dos años desde su formalización, por lo que el primer 20% ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización, quedan excluidos de la revisión.

Habiéndose procedido a la firma del contrato de obras objeto de este expediente el día 30 de noviembre de 2021, resulta evidente que, estando dentro de los dos primeros años, no cabe revisión por la vía ordinaria de los artículos anteriormente indicados, y ello además de que en el expediente no consta el porcentaje de ejecución en el momento de aprobarse la modificación el precio del contrato.

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

A) Respecto a las modificaciones *“previstas”* en el PCAP, el art. 204 LCSP'17 exige que, en dicho PCAP, *“se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido”* (que el mismo precepto detalla). Pues bien, en el PCAP que nos ocupa, la cláusula 39 no prevé esta hipótesis, ni ha sido, por lo demás, discutido el hecho de que el supuesto planteado sería, en su caso, subsumible en las modificaciones contractuales *“no previstas”* del art. 205 LCSP'17.

B) Por lo que hace a dichas modificaciones *“no previstas”*, el precitado art. 205.1 LCSP'17 establece que:

“Las modificaciones no previstas en el PCAP 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: a) que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo; y b) 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, como supuestos que, eventualmente, podrían justificar una modificación no prevista, dos que resultan ahora de interés.

-El primer supuesto es el contemplado en la **letra b)** del art. 205 LCSP'17 y se refiere a la modificación derivada de **circunstancias sobrevenidas que resultaban imprevisibles**, estableciendo que:

“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 % de su precio inicial, IVA excluido”.

-El segundo supuesto es el contemplado en la **letra c)** del art. 205 LCSP'17 y se refiere a la posibilidad de modificar el contrato si se trata de una **modificación de carácter “no sustancial”**, siempre que 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. Éstos, dicho sea de paso, evidencian una intensa restricción legal de las hipótesis que cabe entender subsumibles en una alteración contractual *no sustancial*.

En concreto, el precepto entiende que una modificación es sustancial si cumple cualquiera de las siguientes condiciones:

“1.º 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”; teniendo en cuenta que el propio precepto declara que se da este supuesto cuando *“el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 % del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 %, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos...”.*

4. En cuanto al procedimiento, el art. 203 LCSP'17 se remite al art. 191 LCSP'17, con las particularidades previstas en el art. 207 LCSP'17; de suerte 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; iv) que el órgano de contratación dicte una resolución formal de modificación del contrato (art. 153 LCSP'17), previo informe del servicio jurídico correspondiente y, en su caso, del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la CA respectiva; y v) 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).

5. Actualmente existiría una tercera posibilidad de revisión del precio de algunos contratos, que se origina con motivo de las actuales circunstancias derivadas tanto del conflicto bélico en Ucrania como de la pandemia desencadenada por el virus SARS-Cov-2. Así en fecha 2 de marzo de 2022, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE), el Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva UE 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras. Sin embargo, dicha revisión queda limitada a los siguientes supuestos:

“...cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el ejercicio 2021 su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en el ejercicio 2021...”

6. Para justificar dicha regulación excepcional se dice en la Exposición de motivos del Real Decreto Ley lo siguiente:

“Las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 han repercutido de una manera directa en la ejecución de determinados contratos del sector público. Tras el descenso experimentado en 2020, los precios de las materias primas han subido con fuerza en 2021 en el contexto de la recuperación económica. El alza extraordinaria del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras.

Todo ello ha tenido como consecuencia que la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente la economía de estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público.

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, permite en su artículo 103 la revisión periódica y

predeterminada para los contratos de obra del sector público a través del mecanismo de la revisión de precios, aplicable cuando el contrato se haya ejecutado al menos en un 20 por ciento de su importe y hayan transcurrido dos años desde su formalización.

Sin embargo, la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por ciento de su importe.

Ante esta circunstancia, notablemente perjudicial para el interés público subyacente en cualquier contrato del sector público y que también afecta severamente a los operadores económicos del sector de la obra civil, se ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para, únicamente en estos supuestos, permitir una revisión excepcional de los precios del contrato”.

7. Por lo tanto, a la luz del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, sí que sería posible una revisión de precios del contrato, en los supuestos que hemos indicado anteriormente, pues como establece el artículo 6.1:

“Excepcionalmente, en los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de este real decreto-ley, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión excepcional de precios siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley”.

8. Ahora bien, para ello debe seguirse el trámite establecido en el artículo 9:

“1. La revisión excepcional de precios se aprobará, en su caso, por el órgano de contratación previa solicitud del contratista, que deberá presentarla durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación, por el órgano de contratación de la certificación final de obras.

2. La solicitud irá acompañada de la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de la circunstancia de excepcionalidad establecida en este real decreto-ley.

El órgano de contratación deberá apreciar el cumplimiento de la mencionada circunstancia. Para ello, y siempre que sea posible, el órgano de contratación utilizará datos procedentes del Instituto Nacional de Estadística. En caso de no aportarse debidamente la citada documentación el órgano de contratación concederá un plazo improrrogable de siete días hábiles para subsanar tal defecto. En caso de que en dicho plazo no se subsanase la deficiencia, denegará la solicitud.

3. Una vez recibida la documentación, el órgano de contratación dictará una propuesta provisional indicando en ella si procede reconocer la revisión excepcional de precios y, de ser así, la fórmula aplicable al contrato. De esta propuesta se dará traslado al contratista por un plazo de 10 días hábiles para que presente sus alegaciones.

Transcurrido el citado plazo, el órgano de contratación resolverá motivadamente lo que proceda en el plazo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo

para su presentación. La concesión de la revisión excepcional de precios no requerirá el reajuste de la garantía definitiva.

La finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa, faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo”.

9. El citado Real Decreto Ley, resultaría aplicable a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en virtud del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de fecha 6 de abril de 2022, para aplicar las medidas contenidas en los artículos 6 a 10 del mencionado Real Decreto Ley a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja y a las Entidades Locales de su ámbito territorial (BOR de 11 de abril de 2022).

Ello es así aunque la revisión de precios del Real Decreto-Ley vaya referida a la Administración General del Estado, pues el artículo 6.3 dice: “*Lo dispuesto en este Título también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden*”. Además, a tenor de lo establecido en la Disposición Final primera, “*los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas*”.

Cuarto

Sobre la procedencia de la revisión de oficio del acuerdo del Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra

Si examinamos el expediente, consta el modificado del inicial Proyecto en el que, a este concreto particular, se hace constar lo siguiente:

- Las obras dieron comienzo el 28 de diciembre de 2021 como se acredita con el acta de comprobación del replanteo.
- Durante la ejecución de las obras los precios de los materiales han sufrido un incremento notable, lo que ha obligado a ajustar el alcance de las obras.
- Se procede a una actualización general de precios de las unidades de obra y se ajustan las actuaciones a ejecutar dentro del ámbito del proyecto original.
- De forma general se ha reducido la superficie de pavimentación y aumentado el número de contadores a instalar, incluido un contador en el depósito de agua para monitorizar el agua suministrada a la red con el fin de comparar con el agua consumida para poder detectar posibles fugas u otras averías.
- Como consecuencia del proyecto modificado se obtiene un exceso sobre el presupuesto inicial de 5.567,91 euros, un 5,54%.

Aun cuando en el expediente se hace referencia a que la causa del modificado, es el incremento de precios de los materiales, sin más concreción ni especificación, y dado que no cabe acudir a la vía de la revisión de precios de los artículos 103 a 105 de la LCSP'17, como ya hemos señalado, parece que nos encontramos ante una revisión de precios encubierta en una modificación no prevista en los pliegos y que se sujeta a lo dispuesto en el artículo 205 LCSP'17.

En el expediente no consta petición alguna de la contratista solicitando la revisión del precio del contrato, y tampoco consta documentación alguna que justifique el incremento de los materiales. El proyecto modificado tampoco acredita nada al respecto. La justificación que se da, puede también servir para solucionar errores u olvidos del proyecto inicial.

En la memoria del proyecto modificado se da por válido todo el proyecto original, salvo el anejo 6 de la Memoria (documento 1) sobre “*Justificación de precios*”, algunas partes de los planos (documento 2), y el presupuesto (documento 4).

Una modificación del contrato como consecuencia del aumento de los precios de los materiales debería calificarse de revisión de precios. Pero no se ha seguido la tramitación propia de una modificación, ni de una revisión.

Ya se adelanta, por tanto, que este Consejo considera que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido. No obstante, en cuanto al fondo, tenemos que descartar también que la crisis económica sirva para modificar el contrato, fuera de los supuestos previstos en la ley.

El contrato es ley entre las partes, y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 del Código civil). No obstante, excepcionalmente, se pueden reconocer distintos supuestos en los que el contrato administrativo puede verse alterado:

- a) Como consecuencia de la prerrogativa del *ius variandi* de la Administración.
- b) Como consecuencia del *factum principis* de la Administración.
- c) En supuestos de fuerza mayor.
- d) En supuestos de riesgo imprevisible.

El *ius variandi*, se refiere a los supuestos en los que la LCSP'17 prevé la modificación del contrato que no pueden suponer una alteración sustancial del mismo, ni afectar a sus elementos esenciales. El precio es un elemento esencial que se puede ver alterado como consecuencia de la modificación de otros elementos del contrato, pero no como objeto directo y único de la modificación. El *ius variandi* permite a la Administración modificar el objeto del contrato cuando éste, en los términos inicialmente pactados, no satisfacía las

necesidades de aquélla y por lo tanto el interés público subyacente a toda contratación administrativa.

El *factum principis*, se refiere a supuestos en los que la Administración modifica la regulación de una materia, o actúa en un determinado sentido que lleva aparejada la necesidad de cambiar algún aspecto de la contratación vigente. No se busca la modificación del contrato, pero viene determinada indirectamente por el ejercicio de otra potestad administrativa en ese sector de actividad. Es una situación que no tiene nada que ver con el caso sometido a nuestra consideración.

Los supuestos de fuerza mayor, no pueden confundirse con el riesgo inherente a cualquier actividad económica. El artículo 1.105 del Código civil prevé que "*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*". El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones que, son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aun siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables. Además, en materia contractual hay que considerar el principio de riesgo y ventura, por el cual pueden obtener una ganancia mayor o menor, o incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, pues la obligación del contratista es una obligación de resultado, no de actividad (vid. dictámenes del Consejo de Estado números 888/2008, 2.918/2004, 235/2011, 955/2011, 709/2019, 769/2020, y 221/2021, entre otros muchos). En cualquier caso, la mala situación económica no se considera como fuerza mayor por la jurisprudencia, que deja al *alea* normal del contrato el devenir del mismo según la coyuntura económica en la que se ejecute.

El riesgo imprevisible como derivación del principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, tiene sustento en el artículo 127.2.2-b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17/6/1955), que permite revisar las tarifas, cuando "*aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión*". Sin embargo, no estamos en un contrato de concesión de servicios, y tampoco se entiende que la teoría del riesgo imprevisible deba paliar todas las situaciones de crisis económica (vgr. STS de 30 de abril de 2001, rec.8602/1995), puesto que la actividad empresarial es por esencia imprevisible. Se debe limitar esta posibilidad a supuestos de situaciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten al contrato.

Pues bien, de los datos ofrecidos para la elaboración de este Dictamen no se puede deducir la concurrencia de ninguna de estas circunstancias. Por tanto, hay que descartar que pueda encajar en una modificación del contrato.

Si sólo se quiere modificar el precio del contrato debería irse a un expediente de revisión de precios. Sin embargo, ya hemos indicado que no se cumplen las exigencias legales que habilitan para acudir a esta figura.

Ni siquiera la regulación de la revisión de precios del Real Decreto Ley 3/2022 serviría para amparar el supuesto de hecho sometido a dictamen. Al menos, de los datos remitidos no se puede derivar la concurrencia de los requisitos previstos en dicha regulación de crisis, ni que los precios que han experimentado un importante incremento se correspondan con los que, expresamente, vienen referidos en el citado Real Decreto Ley.

En definitiva, parece obvio que, procede la revisión de oficio del acuerdo del Ayuntamiento de San Vicente de la Sonsierra, por el que se aprueba el modificado del proyecto de obras de red de distribución y pavimentación en Rivas de Tereso, por haberse adoptado el mismo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal y como establece el artículo 47.1.e) de la LPAC'15. Podría decirse que, en el expediente administrativo, se alude a la subida de los precios de los materiales, pero nada se concreta sobre a qué materiales se refiere, qué incremento afecta a los mismos, ni siquiera se alude a los artículos de la LCSP'17 o de otro texto legal en los que basa la pretendida modificación. No consta petición expresa del contratista, al que tampoco se le ha dado posibilidad de formular alegaciones. En definitiva, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para poder operar una modificación de las condiciones del contrato que afectan a un elemento esencial, cual es el precio. Además, como ya hemos manifestado, mientras que el Ayuntamiento consultante parece amparar la causa del modificado en el incremento de los precios de los materiales, lo cierto es que la consecuencia del modificado es una variación del contenido del contrato inicial, pues se reduce la superficie a pavimentar y se incrementa el número de contadores a instalar, consecuencias que nada tienen que ver, en principio, con un incremento del precio de los materiales.

CONCLUSIÓN

Única

Procede acordar la revisión de oficio de la Resolución de alcaldía 2022-98 de 16 de mayo, de aprobación del modificado del proyecto de obras de la red de distribución y pavimentación en Rivas de Tereso, que por lo tanto deviene en nulo de pleno derecho,

debiendo tramitarse, nuevo procedimiento, con arreglo al procedimiento legal actualmente vigente.

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.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO