



En Logroño, a 11 de septiembre de 2023, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros Sres. D. Enrique de la Iglesia Palacios, D<sup>a</sup>. Amelia Pascual Medrano, D<sup>a</sup>. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Belén Revilla Grande, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén Revilla Grande, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

52/23

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Logroño, a través de la Consejería de Política Local, Infraestructuras y Lucha contra la Despoblación, en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio acto nulo pleno derecho de la factura n° 2-19 correspondiente a la certificación n° 8 y final de las obras “Reurbanización de la Plaza México de Logroño, expedida por la UTE.P.M.”*, cuyo importe asciende a la suma de 76.676,18 euros IVA incluido.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del Asunto

#### Primero

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Logroño, acordó, el 26 de abril de 2023, iniciar expediente “*de revisión de oficio de acto nulo derivado de la factura n° 2-19 de fecha 21 de mayo de 2019, expedida por la UTE.P.M. (O.C.s y P.SA y E.SA, con CIF-U-XXXXXXXX, en concepto de Certificación n° 8 y final del mes de mayo de 2019, de la obra de «Reurbanización de la Plaza México». Logroño, cuyo importe asciende a 76.676,18 euros (IVA incluido), por infracción del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”.

Del expediente administrativo remitido, así como de la documentación complementaria solicitada por este Consejo, resultan los siguientes antecedentes de interés:

1. La Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 23 de mayo de 2018, previa instrucción del oportuno procedimiento de contratación, acordó adjudicar el contrato de las obras de “*Reurbanización de la Plaza de México*” a la U.T.E.P.M. (*O.C.s y P.SA y E.SA*), con CIF- U-XXXXXXXX, en el precio total de 977.593,24 euros (Base: 807.928,30 euros y 166.664,94 euros de IVA, designando, además, en dicho



acuerdo a los técnicos directores facultativos de las obras.

2. El Acta de Recepción de las obras se firmó con fecha 25 de enero de 2019 y en la misma se hacía constar que las obras se *“han ejecutado conforme al conjunto de prescripciones contractuales previstas”*.

3. Con fecha de 30 mayo de 2019, la dirección facultativa expidió la certificación octava y final, conformada por la contratista, que contiene el resumen de ejecución de la obra, de tal forma que queda acreditado que hasta el momento en el que se expide dicha certificación, el importe de la obra ejecutada era de 976.686,43 euros, por lo que sumada la obra certificada y ejecutada en dicha certificación de 76.676,18 euros, resulta un total de obra ejecutada y facturada de 1.053.362,61 euros, lo que revela un exceso sobre el importe adjudicado de 75.769,36 euros, que representa un incremento de obra del 7,7506% respecto al *“precio del contrato”*, según informe propuesta de aprobación de la certificación, de 21 de mayo de 2019.

4. Con fecha 21 de mayo de 2019 la entidad contratista presentó la factura 2-19 cuyo concepto es *“Importe de los trabajos correspondientes a la certificación nº 8 y final del mes de mayo de 2019 de la obra “Reurbanización de la Plaza de México. Logroño” por importe total de 76.676,18 euros que se desglosa en 63.368,74 euros de Base Imponible y 13.307,18 euros de IVA, debidamente conformada por la dirección facultativa.*

5. El informe de 21 de mayo de 2019, unido a la certificación nº 8 y final, daba puntual cuenta de las partidas que *“han sufrido necesario incremento, decremento de medición o no han sido ejecutadas, sin mermar la correcta ejecución de las obras previstas”* e incluía una tabla comparativa por capítulos entre presupuesto y certificación, de cuyo análisis, se deduce que los incrementos correspondientes de los capítulos 1 a 7 son auténticos excesos de mediciones o decrementos de algunas partidas por causas justificadas, si bien, en el capítulo 8 de Mobiliario urbano, se han incluido unidades nuevas, concretamente *“6 unidades de juegos de mediano tamaño y 6 unidades de pequeño tamaño, recogiendo en todo momento un equilibrio económico entre las distintas partidas originales de proyecto, formulando una propuesta en la que se puede considerar como unidades similares las instaladas con las definidas en proyecto”*.

6. Respecto a estas unidades nuevas incluidas en el capítulo 8. Mobiliario urbano, de la certificación final, un nuevo informe de la dirección técnica de 4 de noviembre de 2021 constata que la certificación núm. 8 y final *“no fue aprobada porque la Intervención municipal apreció que no procedía su tramitación como una certificación final de liquidación sino como un modificado del proyecto, por tanto, se tramita en este documento el modificado del proyecto junto con la propuesta de liquidación y el informe de revisión de actos nulos”*, si bien, el documento de Memoria justificativa del modificado del proyecto al que se hace referencia en los antecedentes de este informe no ha podido ser revisado por este Consejo, a pesar de que ha sido requerida su aportación al Ayuntamiento de Logroño.

Respecto a dicho *“modificado del proyecto”*, este último informe concreta que *“en fase de ejecución, esta Dirección de obra, cambió los elementos de mobiliario urbano proyectado, debido a que el elemento “JUEGO INFANTIL EN BLOQUES”, partida 8.10 del Capítulo de Mobiliario Urbano y Juegos Infantiles, es un rocódromo de 3m. de altura y que tiene mucho riesgo para niños que son los usuarios a los que va destinado: Por este motivo se realizó un estudio completo y rediseño del área de juegos, con variación de los juegos inicialmente proyectados, suprimiendo el rocódromo y a la vez introduciendo diversos elementos para formar la actual disposición, entendiendo que lo proyectado y lo propuesto se puede considerar como unidades similares, puesto que en la descripción de las unidades de juegos dice” “UD JUEGO INFANTIL BLOQUES. Suministro y colocación de rocódromo tipo Bloqx5 de Kompan o similar. Por la apreciación de la fiscalización anteriormente expuesta se*



*tramitan estas variaciones como un modificado...*” detallando a continuación las unidades modificadas que, esencialmente, implican el decremento del precio de 24.996,12 euros del presupuesto de ejecución material del rocódromo y el incremento de los elementos de mobiliario urbano instalados que en su conjunto tienen un precio de ejecución material de 60.231,00 euros de presupuesto de ejecución material.

El informe, adelantamos ya que, a nuestro juicio, erróneamente, calcula el importe del modificado, restando el importe de la partida 8.10 *Juego Infantil Bloques* no ejecutada, por lo que obtiene un resultado de incremento del modificado de 35.234,88 euros, de PMM, al que, aplicada la baja resultante de la licitación y los incrementos de Gastos Generales, Beneficio Industrial (si bien en el informe por error reseña un porcentaje de 6% de IVA en realidad se refiere al B.I.) e IVA aplicable, resulta un presupuesto de adjudicación de 36.615,24 euros.

Además, incluye excesos de medición de los capítulo 1 a 7, que ya habían sido justificados como excesos de mediciones en el informe inicial de la dirección facultativa con propuesta de aprobación de la certificación núm. 8 y final, concluyendo que *“el importe de liquidación total a origen de las obras realmente ejecutadas es de 1.053.362,61 euros que supone 75.769,36 euros de incremento sobre el precio de contrata IVA incluido (7,75% de incremento) y que corresponde con el proyecto modificado y de liquidación justificado en este informe, y que recoge los importes totales de las modificaciones y de los incrementos de mediciones resumidos en los apartados que anteceden y detallados en el anexo de mediciones a este informe”*, concluyendo con la propuesta de acuerdo de *“convalidar las instrucciones efectuadas al contratista por la dirección de obra, reconociendo el modificado con las nuevas unidades y reconocer el importe al contratista de las obras ejecutadas, conforme a la certificación 8º y final de las obras por parte de la Dirección Facultativa de 22 de marzo de 2019”*.

7. Según consta en el expediente administrativo, en enero de 2023 la Intervención General expide dos documentos de Retención de crédito de Remanentes conforme al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de marzo de 2023, imputables al ejercicio de 2023, código contable G2 171.00.619.99 por importe de 75.769,36 euros por el siguiente concepto *“Exceso obras reurbanización de la Plaza de México. Cert-8 y final”* y otra por importe de 906,82 euros cuyo concepto es *“resto certificación 8º y final obras reurbanización Plaza México Revisión Actos nulos”*.

8. El 30 de marzo de 2023, se emite nuevo informe por el Técnico Ingeniero director de las obras, de acuerdo con lo previsto en la *“Base 40 de las de Ejecución del presupuesto sobre reconocimiento extrajudicial de crédito, con la finalidad de imputar al presupuesto gastos derivados de obligaciones indebidamente comprometidas contraídas en ejercicios anteriores incurriendo en vicios de nulidad, adquiridas de forma irregular por haberse generado con incumplimiento de la normativa de aplicación con la finalidad de tramitar el expediente que permita la obtención de un título jurídico que habilite el nacimiento de la obligación para su posterior imputación al Presupuesto a través de la aprobación de su liquidación”* y justifica la emisión del informe, *“a la vista de que la obligación económica deriva de prestaciones que no fueron objeto de modificado del contrato que las debiera amparar”*, y confirma que *“las obras fueron ejecutadas en todo momento conforme a las directrices y órdenes dadas por los técnicos municipales de la dirección facultativa, por lo que se acredita la buena fe del contratista, que cumplió con todas sus obligaciones, tal y como consta en el informe de aprobación de la certificación nº 8 y final de las obras, emitido por la Dirección de Obra de fecha de 21 de mayo de 2019, en el que se concluía la procedencia de la aprobación de la referida certificación”*. Igualmente el técnico informante, respecto a la valoración de las obras ejecutadas considera que *“los importes son conformes a los precios del contrato de ejecución, por lo que se da por justificado el importe de la medición”*, concluyendo con su remisión a la asesoría jurídica municipal, a los efectos de la procedencia de instar la revisión de oficio o cuantos extremos se consideren oportunos conforme a lo previsto en la Base 40 de ejecución del presupuesto a la que nos hemos referido anteriormente.



**9.** El informe de la Asesoría jurídica considera que *“según el informe de noviembre de 2021, en fase de ejecución de obra, la dirección de la misma cambio los elementos del mobiliario urbano proyectado (partida 8.10 del Cap. Mobiliario Urbano) por el riesgo que podía suponer para los usuarios, rediseñando el área de juego, con variación de los juegos proyectados; según la descripción y las mediciones se pasó de un importe de 24.996,12 euros a la instalación de una zona de juegos por importe de 60.231,00 euros. CUARTO: En consecuencia, se ha generado en la última certificación un modificado del proyecto que ha impedido por parte de la Intervención General su abono al faltar el modificado del proyecto, si bien todos los cambios operados, han atendido a disposiciones de esta administración”*.

**10.** La asesoría jurídica municipal considera que, como en este caso no se parte de un reparo suspensivo de la I.G. sino del *“reconocimiento directo de la irregularidad por parte de la Dirección General, indicando que hubo un cambio en el proyecto aprobado y contratado sin operar el debido modificado, lo cual está terminantemente prohibido por la LCSP debiendo seguirse lo dispuesto en los artículos 242 y concordante del Texto Refundido LCSP”*, recuerda además, la imposibilidad de que el Ayuntamiento comprometa un gasto si carece de crédito adecuado y suficiente, ex artículo 173 del 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 (TRLRHL), concluyendo que *“lo procedente es el sometimiento a un expediente de revisión administrativa regulado en el artículo 106 de la LPA dada la omisión de todo trámite respecto a la contratación”*.

**11.** Fundado en los informes referenciados, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Logroño en sesión celebrada el día 26 de abril de 2023, acordó iniciar el expediente para la revisión de oficio de acto nulo derivado de la factura nº 2-19 de fecha 21 de mayo de 2019, expedida por la UTE.P.M. (O.C.s y P.SA y E.SA, con CIF- U-XXXXXXXXX, en concepto de Certificación nº 8 y final del mes de mayo de 2019, de la obra de *“Reurbanización de la Plaza México”*. Logroño, cuyo importe asciende a 76.676,18 euros (IVA incluido), por infracción del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**12.** Notificado el acuerdo a la UTE contratista con fecha 3 de mayo de 2023, previo acceso al expediente, presentó, con fecha 17 de mayo de 2023, alegaciones en las que se pone de manifiesto que, con fecha 10 de noviembre de 2022, la UTE solicitó el pago de dicha certificación final más los intereses de demora y que con fecha 22 de febrero de 2023, la UTE interpuso recurso contencioso administrativo contra la denegación, por silencio administrativo, de la solicitud de 10 de noviembre de 2022.

**13.** En los fundamentos de sus alegaciones, indica que la certificación final supone un incremento del 7,75% sobre el presupuesto de ejecución material, por lo que no supera el 10%, y a pesar de ello, el informe de la asesoría jurídica, emitido con fecha 23 de abril de 2023, ha considerado que al variarse algunas partidas del capítulo de *“Mobiliario Urbano y Juegos Infantiles”*, incrementado en un 2,01% debió procederse a redactar un modificado y, ante la falta de este trámite, no procede reconocer la certificación final por importe de 76.676,18 euros, por lo que la alegante no admite que el cambio en algunas partidas del capítulo de mobiliario urbano y juegos infantiles, implicase modificación del contrato sino que por aplicación del artículo 242.4 de la LCSP se trata de un exceso de mediciones que no representa un incremento global del 10 por ciento del precio del contrato inicial, y sustenta su criterio en el informe del Director de Obra de 4 de noviembre de 2021 que indica que *“lo proyectado y lo propuesto se puede considerar unidades similares”*, si bien estima que, en cualquier caso, según su criterio, la revisión no debería aplicarse a toda la certificación final, sino únicamente a la variación de la partida de juegos infantiles.



14. Con fecha 23 de junio de 2023, la TAG de espacio público y actividades, emite informe proponiendo desestimar las alegaciones presentadas y trasladar el expediente a este Consejo Consultivo, y en este sentido se adopta acuerdo por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Logroño de 26 de junio de 2023, suspendiendo el plazo para resolver hasta que se emita el presente dictamen.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha el 14 de julio de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el 17 de julio de 2023, el Excmo. Sr. Consejero de Política Local, Infraestructuras y Lucha contra la despoblación del Gobierno de La Rioja, a petición del Ayuntamiento de Logroño, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido (según el art. 14.3 del RCCR “*Se consideran inhábiles todos los días del mes de agosto...*”).

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 17 de julio de 2023, procedió en nombre del mismo a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia a la Consejera señalada 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 mismo señalada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad y ámbito 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 LPACAP, 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), “*se efectuará de conformidad con lo establecido en Capítulo I del Título I*” de la LPACAP (esto es, con los arts. 106 a 111 LPACAP, lo que supone que la revisión de oficio de actos nulos ha de realizarse mediante el cauce formal establecido por el art. 106 LPACAP

En el presente caso, el Ayuntamiento de Logroño ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, por “*obligaciones indebidamente adquiridas*” en la ejecución del contrato administrativo celebrado para la ejecución de las obras descritas. 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 LPACAP*.

3. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPACAP, 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 certificación final y liquidación en los contratos de obras y los conceptos que la integran.**

1. La tramitación de la certificación final de obras viene regulada en varios preceptos legales, por un lado, en el segundo párrafo del art. 243.1 de la LCSP en el que se indica que, “*Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato en el plazo previsto en esta Ley*”.

También, el art.166 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP) concreta el procedimiento a seguir para la expedición de la certificación final, “1.



*“Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra [...]. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 2. El contratista tiene la obligación de asistir a la toma de datos y realización de la medición general que efectuará el director de la obra. 3. Para realizar la medición general se utilizarán como datos complementarios la comprobación del replanteo, los replanteos parciales y las mediciones efectuadas desde el inicio de la ejecución de la obra, el libro de incidencias, si lo hubiera, el de órdenes y cuantos otros estimen necesarios el director de la obra y el contratista.../... 7. Sobre la base del resultado de la medición general y dentro del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra redactará la correspondiente relación valorada. 8. Dentro de los diez días siguientes al término del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final. 9. Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la recepción de la obra, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada, en su caso, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de su expedición a cuenta de la liquidación del contrato”.*

2. Respecto al contenido de la certificación final, el art. 242.4 de la LCSP, si bien regula las modificaciones del contrato y el procedimiento para su aprobación, introduce expresamente la excepción de los *excesos de mediciones* que deberán ser incluidos en la certificación final de obra, así literalmente dice: *“No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones: i) El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra”.*

A su vez, el artículo 160 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (RCAP) complementa la norma legal y establece que, *“Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido. 2. Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, conforme a lo prescrito en el artículo 145 de la Ley, o con cargo al crédito adicional del 10 por 100 .../...”.*



La JCCA ha precisado que cuando el precepto se refiere a *“variaciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, lo cual implica tanto aumento como disminución en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto”*.

También, para la JCAA, *“el único requisito que exigía la norma era que tales alteraciones no representasen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato y que resultaba «evidente que este último requisito negativo no puede darse en los supuestos de defectos de medición, lo que lleva a concluir que los mismos son aceptados por el reglamento sin someterlos a ninguna limitación...» Como colofón de lo anterior también señalamos que no existe ningún impedimento a la posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10 por 100 «puesto que el artículo 160 del RGLCAP se refiere a variaciones y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10 por 100 ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir, teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas»”*. (JCCA. Informes 16/06 y 85/18)

**3.** Queda claro, por tanto, que, en el importe de las variaciones sobre las unidades de obra ejecutadas no pueden introducirse precios nuevos, sino que el precio debe ser el que consta en el proyecto y fue aceptado por el licitador, ya que, en el caso del exceso de mediciones, lo que únicamente se pone de manifiesto es que no se calcularon correctamente las unidades de obra, pero, por el contrario, dichas unidades de obra deben estar incluidas en el proyecto inicial, y, por tanto, tienen un precio perfectamente establecido, por lo que no puede aceptarse el término *“similar”* que introduce el técnico facultativo en su informe para justificar la inclusión en la certificación final del modificado del proyecto en los juegos infantiles.

**4.** Por otra parte, esta posible inclusión de variaciones en las unidades de obra o excesos de medición en la certificación final, tiene su previsión presupuestaria en el artículo 47.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que establece que, *“en los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 por ciento del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final”*, lo que parece ser la razón por la que el artículo 160.2 del RCAP difiere el pago de dichos excesos de medición a la certificación final para su pago con cargo al *“crédito adicional del 10 por ciento”*.

**5.** En nuestro caso, puede comprobarse en el apartado 4 del informe de la dirección facultativa de 4 de junio de 2021, en el que se justifican los conceptos incluidos en la



certificación octava y final de la obra de “*Urbanización de plaza México*”, que todos se corresponden exactamente con excesos de medición de unidades de obras incluidas en el proyecto técnico, excepto los que define como precios M.01, M.02, M.03, M.04 y M.05 del capítulo 8 de Juegos Infantiles, que se corresponden con un auténtico modificado del proyecto.

Por tanto, como además ha alegado el contratista en el expediente, la certificación nº 8 y final y la factura que de ella se deriva, expedida por el contratista con el nº 2-19, debe revisarse, en el sentido de excluir de su contenido los precios de la modificación *del Capítulo 8 Juegos Infantiles* relacionados como M.01, M.02, M.03, M.04 y M.05 que no pueden considerarse *excesos de medición o variaciones sobre las unidades de obra ejecutadas*, de tal forma que, tales excesos de medición o variaciones sobre las unidades de obra ejecutadas, solo deben tramitarse como un modificado del proyecto en el caso de que supongan un incremento de gasto superior al 10% (JCCA informe 85/18).

### Tercero

#### **Sobre la nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato administrativo de las obras de “*Reurbanización de Plaza México*” en Logroño (La Rioja) en el Capítulo 8. Juegos Infantiles.**

1. En la certificación nº 8 y final expedida por la dirección facultativa de la obra de “*Reurbanización Plaza México*”, se introdujeron, indebidamente, cinco partidas en el Capítulo 8 de Juegos Infantiles que no cumplían las determinaciones legales, ya expresadas en el fundamento anterior, para tener la consideración de *excesos de medición* y que, por el contrario, respondían a la potestad que la administración tiene de modificar el contrato si se cumplen las condiciones previstas en los artículos 203, 204 y 205 de la LCSP, condiciones que deben quedar acreditadas en el expediente.

2. La modificación, además, debería haber sido tramitada conforme el procedimiento previsto en el propio art. 242.4 de la LCSP: “4. 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”.

En concreto, el modificado del proyecto, según el informe de la dirección facultativa de 4 de noviembre de 2021, comprende las siguientes partidas: “M.01 Conjunto de entrenamiento en suspensión aire libre por importe de 16.184,00 euros; M.02 Conjunto



*barras ejercicio aire libre, por importe de 8.050,50 euros; M.03 Estructura multijuegos 2 torres y redes, por importe de 13.131,50 euros; M.04 Estructura columpio nido red+2 columpios individuales, por importe de 7.127,00 euros y M.05 estructura parque bebés 4 torres+ 2 puentes+ tobogán, por importe de 15.738,00 euros*”. El presupuesto de ejecución material del modificado del contrato es, por tanto, de 60.231,00 euros.

3. Si bien el expediente se ha instruido como revisor de un acto único que se identifica con el importe total de las obras ejecutadas y certificadas en la Certificación nº8 y final expedida por la dirección de la obra cuyo importe total es de 76.676,18 euros y que dio lugar a la expedición de la factura 2/19 por la UTE.P.M., adjudicataria del contrato de obras al que se refiere este expediente, ha quedado acreditado según el informe de la dirección de obra de 4 de noviembre de 2021, que la modificación del contrato, adjudicada de forma verbal, lo fue en una única partida, la partida 8.10 del Capítulo Mobiliario Urbano que, inicialmente tenía un importe de 24.996,12 euros y durante la ejecución de la obra, por decisión de la dirección de obra y, por tanto, del propio Ayuntamiento de Logroño, se desistió de instalar el rocódromo de 3 metros, y se ordenó a la contratista la instalación de una nueva zona de juegos cuyo presupuesto de ejecución material era de 60.231,00 euros.

4. La cuantía de 24.996,12 euros correspondiente a la instalación del rocódromo, de cuya ejecución el Ayuntamiento de Logroño desistió, deberá computarse como decremento en la certificación final, tal y como se ha indicado en el fundamento anterior, sin embargo, si la modificación de un contrato se define, de acuerdo con la doctrina, como toda alteración o variación de las condiciones contractuales inicialmente acordadas en un contrato del sector público, durante su ejecución, sin que se produzca la desaparición de su núcleo esencial, los conceptos e importes incluidos en la partida 8.10 Mobiliario urbano de la certificación nº 8 y final, incluidas asimismo en la factura, cuyo pago se reclama por el contratista, responden a una modificación del contrato administrativo de obras que debió llevarse a cabo de acuerdo con el procedimiento establecido si no se quiere incurrir en un vicio invalidante.

5. El régimen de invalidez contenido en los artículos 38 y siguientes de la LCSP se refiere a los contratos, y no a las modificaciones, de tal forma que, en ningún momento se refiere la LCSP a la nulidad o anulabilidad de la modificación, sino que, lo que expresamente establece, es que ciertas modificaciones irregulares son causa de anulabilidad del contrato adjudicado, tal y como lo regula el artículo 40 en relación con el artículo 38 de la LCSP, donde se establece que una modificación en la que no se han observado las “*circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos*” en los artículos 204 y 205 LCSP incurrirá en causa de anulabilidad del contrato adjudicado.

Por tanto, para apreciar si la modificación, en sí misma, incurre en vicio de nulidad, debemos acudir al régimen general de invalidez regulado en la LPACAP y, en concreto, será de aplicación a las modificaciones contractuales el régimen de nulidades contenido en los artículos 47 y 48 LPACAP y el régimen de revisión contenido en los artículos 106 a 111 de



la misma ley.

6. En nuestro caso, concurre la causa de nulidad contenida en la letra e) del artículo 47 de dicho texto legal, al haber sido modificado el contrato *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*, de tal forma que, si se apreciara vulneración de las previsiones de los artículos 204 y 205 de la LCSP, el procedimiento que se habría omitido es el de resolución del contrato y nueva licitación y no únicamente el de adjudicación. Así, el artículo 203 LCSP establece que si no es posible modificar el contrato conforme a las reglas del artículo 204 (modificaciones previstas) o 205 LCSP (modificaciones no previstas), *“deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley”*. Así pues, la incorporación a un contrato de una modificación que no se pueda subsumir en los artículos 204 y 205 LCSP deberá realizarse a través de un doble procedimiento administrativo: la resolución del contrato y su nueva licitación, tal y como exige el artículo 203 LCSP y si no se cumplen las previsiones legales, se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal y como ha señalado el Consejo de Estado en su dictamen 454/1996, de 8 de febrero de 1996 al señalar 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”*, siendo, indudablemente, la modificación verbal del contrato, uno de los más claros ejemplos de omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

No consideramos que, en este caso, pudiera resultar aplicable, el artículo 40 de la LCSP que considera causa de anulabilidad del contrato, en particular, *“a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205. (...)”*, ya que, entendemos, que la literalidad del precepto permite concluir que una modificación que vulnere las *“circunstancias y requisitos”* de los artículos 204 y 205 LCSP traerá consigo la anulabilidad del contrato. Este pudiera ser el caso, por ejemplo, de las modificaciones en las que se apliquen de forma incorrecta las circunstancias habilitantes contenidas en las normas o en los pliegos, pero nunca lo sería en el supuesto de omisión total y absoluta del procedimiento establecido, mediante el encargo verbal de la ejecución de la modificación del contrato de obras.

Tal y como ya ha dictaminado este Consejo (D.53/22) el encargo verbal de la ejecución de la modificación del contrato, constituyó un auténtico acto administrativo, en virtud del cual el Ayuntamiento amplió las obras inicialmente contratadas, sin disponer del crédito adecuado y suficiente a las nuevas necesidades apreciadas durante la ejecución del contrato, encomendando a la contratista su ejecución sin la determinación de los precios aplicables, ya que tales precios no existían en el contrato en ejecución.



Y el hecho de que, en el presente caso, nos hallemos ante un acto dictado en el ámbito de un contrato administrativo, que no puede calificarse como acto preparatorio ni adjudicatorio, no constituye obstáculo alguno a tal efecto.

Ciertamente, del artículo 41.1 LCSP, descontextualizado del resto de previsiones de tal cuerpo legal, parece desprenderse que la revisión de oficio en materia de contratación del sector público se contrae a los actos preparatorios y adjudicatorios, no siendo extensible, por tanto, a otros actos dictados en dicho ámbito contractual, como lo podrían ser, por ejemplo, los actos modificativos del contrato dictados durante su ejecución o vigencia.

Sin embargo, como ya hemos mantenido anteriormente, no consideramos que ésta sea una interpretación correcta.

De hecho, la lectura de tal precepto de forma conjunta con los artículos 38, 39.1 y 42.1 y 2 de igual LCSP permite concluir que todo “acto administrativo” dictado en el ámbito de la contratación pública, ya sea preparatorio, adjudicatorio, modificativo o de simple ejecución, es susceptible de ser revisado de oficio y declarado nulo en caso de adolecer de cualquiera de los vicios de nulidad a que se refiere el artículo 47 LPACAP, si bien sólo la declaración de nulidad de los actos preparatorios y adjudicatorios conlleva la nulidad del propio contrato, pues la del resto sólo afecta al propio acto y sus consecuencias.

También en este caso, por tanto, nos hallamos ante un acto administrativo susceptible de ser sometido a la potestad revisora de la Administración si incurre en alguno de los vicios que, conforme a los arts. 106 y ss. LPACAP justifican el ejercicio de esa potestad.

#### **Cuarto**

##### **Consecuencias de la nulidad de la modificación del contrato de obras de “Urbanización de Plaza México”.**

1. Como hemos dicho con anterioridad, a diferencia de lo que sucede en el caso de la adjudicación verbal, en este caso la nulidad de la modificación del contrato suscrito por las partes, no se comunica al contrato mismo, ya que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 LCSP, de hecho, la nulidad de tal acto modificativo sólo afectará a éste y a sus consecuencias.

2. Como hemos mantenido con anterioridad (D.53/22), la responsabilidad contractual, es la acción que podrá ejercitarse cuando haya un contrato que sirva de título jurídico, y concurren vicios que no lleven aparejada la nulidad completa del mismo. En este caso, es esta responsabilidad contractual la que debe entrar en juego, por lo que el Ayuntamiento de Logroño, viene obligado, ex art. 198.1 LCSP, a abonar el precio convenido, a cuyo efecto,



consideramos relevante: i) Que la contratista aceptó la modificación establecida por el Ayuntamiento; ii) que ejecutó las obras conforme a las indicaciones del propio director de obras y responsable del contrato sin que conste reparo alguno acerca del modo en que lo hizo; iii) que emitió la factura correspondiente a las obras ejecutadas, cuyos precios responden al valor real de lo ejecutado, tal y como se admite por el Ayuntamiento en el expediente revisor, que no cuestiona el precio facturado y que incluso fue certificado por la dirección facultativa; y iv) que no ha percibido el importe de la factura emitida incluyendo los conceptos del modificado.

**3.** Las obras ejecutadas son consecuencia de actos de la Administración que evidencian su conocimiento, su consentimiento e incluso la iniciativa para su ejecución por el contratista y que, además fueron realizadas en su beneficio, por tal razón debe satisfacerse el coste completo de las obras, incluyendo el coste de los gastos generales y el beneficio industrial fijados en el contrato (131 RCAP y 101.2 LCSP) de tal forma que, tal y como se calcula en la liquidación incluida, indebidamente, en la certificación final de las obras, al presupuesto de ejecución material del modificado del proyecto de 60.231,00 euros, deben serles aplicados los correspondientes porcentajes de incrementos y decrementos fijados en el contrato, por causa de Beneficio Industrial, Gastos Generales e IVA, minorado por aplicación del porcentaje de baja resultante del procedimiento de licitación, y que, salvo error u omisión resultaría un importe final de 62.590,59 euros IVA incluido y ello, porque 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).

**4.** A nuestro juicio, ese constituye un criterio adecuado para determinar el valor real de la prestación ejecutada por la mercantil:

-Por lo que hace al principal (base imponible) porque se trata de una cantidad cuyos precios unitarios no existían, al menos con total identidad, en el contrato principal y no han sido fijados contradictoriamente, aunque sí han sido conformados por los servicios técnicos municipales como precios de mercado y aceptados por el contratista.

-Por lo que hace a las cuotas de IVA, porque el tercero, prestador de los servicios, en su condición de obligado al pago, ha asumido la obligación de abonarlas a la Hacienda Pública.

**5.** Por último, del expediente remitido a este Consejo Consultivo no se desprende que exista disconformidad entre el Ayuntamiento y la contratista sobre el valor económico de las obras ejecutadas, más al contrario, se deduce la existencia de un acuerdo tanto sobre la buena ejecución de lo ordenado como sobre el precio del mismo.

**6.** Tal y como se ha mantenido por este Consejo (D.53/22), a dicha cantidad deberán



añadirse los correspondientes intereses de demora, para cuyo cómputo, ha de estarse a lo previsto en el artículo 198.4 LCSP y, en su caso, lo dispuesto en el PCAP que rige el contrato, a cuyo contenido no se ha tenido acceso, estimando que el período de cálculo de los intereses de demora será, el comprendido entre desde la fecha en la que se cumplió el plazo de treinta días para abonar el importe, contado a partir de los 30 días de la fecha de presentación de la factura en el registro administrativo correspondiente.

## Quinto

### Consideraciones finales

#### I. Sobre el contenido del expediente administrativo

En el expediente administrativo recibido faltaban documentos esenciales para la resolución del asunto que constaban referenciados en los antecedentes de los informes técnicos aportados, pero no se incluían dentro del expediente administrativo remitido. El Ayuntamiento ha atendido parcialmente la petición del Consejo para completar el expediente, pero no han podido obtenerse todos los antecedentes requeridos.

Si de conformidad con el artículo 70.1 de la LPACAP, “*se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla*” podemos decir que el expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Logroño no cumplía las determinaciones legales, de cuyo incumplimiento pudieran derivarse consecuencias indeseadas, ya que la privación al órgano consultivo del pleno conocimiento de todos los antecedentes precisos para el ejercicio de la función consultiva puede inducir a un error de hecho o de derecho en el dictamen que se emita, con notables repercusiones sobre la resolución posterior, dado el carácter preceptivo y vinculante del mismo, al que ya hemos hecho referencia en los fundamentos anteriores de este dictamen.

Formalmente, tampoco el expediente remitido cumplía la Circular de este Consejo de 22 de mayo de 2023 por la que se requiere que “*los expedientes electrónicos que acompañen a las consultas dirigidas al Consejo Consultivo de La Rioja deberán cumplir con las exigencias del artículo 70.3 LPACAP y estar en un único archivo informático en formato editable, que permita reconocer caracteres dentro del mismo*”.

Este Consejo exhorta al Ayuntamiento de Logroño a una mayor diligencia en la formación y remisión de los expedientes administrativos que acompañan a las consultas que se dirijan al Consejo.



## II. Sobre la instrumentalización del instituto jurídico de la revisión de oficio

A pesar de la conclusión lógica de este Dictamen, este Consejo debe advertir al Ayuntamiento de Logroño, como ya se ha hecho en ocasiones anteriores, del peligro de instrumentalizar el instituto jurídico de la revisión de actos nulos. Éste, en ningún caso, puede convertirse en una especie de cauce alternativo al procedimiento legal de contratación o de modificación de los contratos, a la correcta determinación del valor estimado del contrato, o al control de la Intervención municipal.

En suma, debe recordarse a la autoridad consultante, la responsabilidad que le compete para adoptar las medidas necesarias que eviten conductas irregulares como la que da origen al expediente sometido a consulta, en el mismo sentido en el que se manifiesta el Consejo de Estado en el Dictamen 606/2020, de 27 de mayo de 2021.

La revisión de oficio tiene un carácter excepcional, no porque su uso se halle en sí limitado, sino porque el supuesto patológico que le da origen, actos administrativos nulos de pleno derecho, por definición, no puede ser sino algo extraordinario y excepcional en la actuación de una Administración sometida plenamente a la Ley y al Derecho (art. 103 CE).

## CONCLUSIONES

### Primera

La certificación nº 8 y final de la obra “*Reurbanización de plaza México*”, debe revisarse, en el sentido de excluir de su contenido los precios de la modificación “*del Capítulo 8 Juegos Infantiles*” relacionados como “*M.01 Conjunto de entrenamiento en suspensión aire libre por importe de 16.184,00 euros; M.02 Conjunto barras ejercicio aire libre, por importe de 8.050,50 euros; M.03 Estructura multijuegos 2 torres y redes, por importe de 13.131,50 euros; M.04 Estructura columpio nido red+2 columpios individuales, por importe de 7.127,00 euros y M.05 estructura parque bebés 4 torres+ 2 puentes+ tobogán, por importe de 15.738,00 euros*”, que no pueden considerarse “*excesos de medición o variaciones sobre las unidades de obra ejecutadas*”.

### Segunda

El Ayuntamiento de Logroño, al encomendar verbalmente a la UTE.P.M., O.C.s y P.S.A. y E.S.A. durante la ejecución del contrato de obras de “*Reurbanización de Plaza Mexico*” y sin crédito adecuado y suficiente, la ejecución de las unidades de Obra de Juegos Infantiles que se detallan como “*M.01 Conjunto de entrenamiento en suspensión aire libre por importe de 16.184,00 euros; M.02 Conjunto barras ejercicio aire libre, por importe de*



8.050,50 euros; M.03 Estructura multijuegos 2 torres y redes, por importe de 13.131,50 euros; M.04 Estructura columpio nido red+2 columpios individuales, por importe de 7.127,00 euros y M.05 estructura parque bebés 4 torres+ 2 puentes+ tobogán, por importe de 15.738,00 euros”, con un importe total de Presupuesto de Ejecución material de 60.231,00 euros dictó un acto de modificación contractual nulo de pleno Derecho , según el art. 47.1 e) LPACAP y art. 39.2,b) de la LCSP.

### **Tercera**

No obstante, la nulidad de esta modificación y como quiera que la *UTE.P.M., O.C.s y P.S.A. y E.S.A* ejecutó las obras encomendadas por el Ayuntamiento, de acuerdo con los precios de mercado y con los porcentajes y márgenes de beneficio del contrato principal y a su satisfacción, éste ha de abonarle el importe de 62.590,59 euros IVA incluido por el total del modificado adjudicado, y los intereses de demora aplicables en los términos expresados en el FJ 4 de este Dictamen.

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

José Ignacio Pérez Sáenz  
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO