



En Logroño, a 20 de junio 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^a Amelia Pascual Medrano, D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a M^a Belén Revilla Grande, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D^a M^a Belén Revilla Grande, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

39/23

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Viguera, a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública, en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho por obligaciones indebidamente adquiridas en la contratación de las obras complementarias a la reurbanización del mirador “El Peñueco y calle Ángel Soldevilla” de Viguera (La Rioja)* con la empresa *E.C.M.*, procedimiento que derivó de la factura nº 42/2022 de 7 de diciembre de 2022, por importe de 113.498,00 euros IVA incluido.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

El Pleno del Ayuntamiento de Viguera (La Rioja), acordó el día 14 de febrero de 2023, iniciar expediente de revisión de oficio de acto nulo, consistente en la contratación verbal de la ejecución de *obras complementarias a la reurbanización del mirador “El Peñueco y calle Ángel Soldevilla” de Viguera (La Rioja)*, efectuada con la empresa *E.C.M.* cuyo importe asciende a la cantidad de 113.498,00 euros IVA incluido. La factura expedida por el contratista es la número 42/2022 de 7 de diciembre de 2022, por el importe mencionado.

Del expediente administrativo remitido y de la documentación complementaria aportada por el Ayuntamiento de Viguera a requerimiento del Consejo Consultivo, resultan los siguientes antecedentes de interés:



1. El Ayuntamiento de Viguera, encargó al Arquitecto colegiado nº 561 del Colegio Oficial de Arquitectos de La Rioja, D. G.L., la redacción del proyecto y dirección de la obra denominada "Urbanización del mirador del Peñueco y de la calle Ángel Soldevilla", cuyo presupuesto base de licitación era de 438.510,68 euros, que fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento, en sesión de 28 de junio de 2021, si bien, por Resolución de Alcaldía de 20 de junio de 2021 se acuerda la iniciación del expediente de contratación para la adjudicación de la obra "Reurbanización del Mirador del Peñueco y de la calle Angel Soldevilla de Viguera", en la que consta que el proyecto había sido aprobado por acuerdo del Pleno del mismo día 20 de junio de 2021. El expediente de contratación, sería tramitado con el número 1/2021.

2. El Pleno, en sesión de 7 de octubre de 2021, aprobó aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares y la licitación de la obra, mediante procedimiento abierto simplificado y tramitación ordinaria, facultando expresamente al Sr. alcalde para la ejecución del acuerdo adoptado.

3. Por Resolución de Alcaldía de 20 de octubre de 2021 se nombraron los miembros que integrarían la Mesa de Contratación, designándose Presidente de la misma al Sr. Alcalde de la Corporación, de tal forma que, conocidas las proposiciones presentadas y advirtiendo que la oferta presentada por E.C.M. pudiera incurrir en conflicto de interés ya que un hermano del Sr. alcalde es el administrador de dicha sociedad, previa declaración del propio regidor, negando la existencia de conflicto de interés, el Pleno de la Corporación, en sesión de 4 de noviembre de 2021, apreció la no concurrencia de conflicto de interés entre el Sr alcalde y presidente de la mesa de contratación y la empresa E.C.M., avocando el Pleno para sí, las competencias delegadas en el procedimiento de licitación y absteniéndose el Sr. Alcalde de participar en la deliberación y votación de la adjudicación de la obra, el Pleno en sesión celebrada el día 24 de noviembre de 2021, adjudicó a la mencionada empresa E.C.M. por importe de 367.628,25 euros IVA incluido, tras aplicar un porcentaje de baja del 16,16%, facultando a la Teniente de Alcalde M.R.M. para la ejecución del acuerdo adoptado.

4. La ejecución del contrato de obras, comenzó el día 30 de marzo de 2022 y concluyó el 29 de agosto del mismo año, durante cuyo curso de ejecución se emitieron seis certificaciones por un importe total de 402.896,92 euros, lo que implicó un incremento del 9,59% sobre el importe de la adjudicación.

5. El día 7 de diciembre de 2022, se presentó en el registro de facturas del Ayuntamiento, la número 42/2022 de fecha 07/12/2022 de la empresa *Excavaciones y Contratas Manzanos SL*, cuyo concepto era el de "Obras complementarias a la reurbanización del mirador de Peñueco y calle Ángel Soldevilla de Viguera (La Rioja)", por importe total de 113.498,00 euros, IVA incluido, que contiene el desglose de cuatro obras ya ejecutadas, conforme al siguiente detalle:

-Recuperación del "banco de los viejos, incluso movimientos de tierras, escollera, aportación de zahorras, solera, ejecución de banco y peldañado de hormigón, adoquinado, retacado y remate de muro de piedra, en el precio de 36.500,00 euros más IVA.

-Nueva iluminación del mirador, incluso retirada de báculos actuales e instalación de cinco luminarias LED 30 w sobre columnas de 5 metros de altura, iguales a las del Paseo, por un precio total de 17.900,00 euros más IVA.

-Nueva instalación de riego en Jardines existentes, incluso plantación de nuevas especies vegetales por el precio de 23.900,00 euros más IVA



-Sustitución de barandillas existentes en tramos no previstos en el proyecto ni contabilizados en la certificación final de la obra, por el precio de 15.500,00 euros más IVA.

El importe total facturado es de 93.800,00 euros de Base Imponible, más el IVA al tipo del 21% por importe de 19.698,00 euros, lo que hace un total de 113.498,00 euros.

6. Una vez recibida la antedicha factura, se solicitó informe al Arquitecto redactor del proyecto técnico, quien es a su vez director técnico de la ejecución de la obra y, responsable del contrato, según el artículo 62.2 de la LCSP'17. El facultativo emitió su informe con fecha 26 de diciembre de 2022, aclarando que *“la ejecución de estas obras no fue ordenada por la dirección facultativa y no están incluidas en ninguna de las seis certificaciones de obra emitidas”*. El informe analiza las diferentes obras realizadas:

i) sobre la obra denominada como *“Recuperación del “banco de los viejos”* dice que *“cuando la Corporación, durante una de las visitas de obra, propone su rehabilitación e incorporación al espacio del mirador, se advierte que estas obras no pueden encuadrarse dentro de los supuestos previstos en el artículo 203.2 de la Ley 9/2017 de contratos del sector público, puesto que la modificación del contrato no estaba prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni se cumplían las condiciones establecidas en el artículo 205, por lo que no se consideraba viable la redacción de un proyecto modificado. No obstante, la dirección facultativa, a petición de la Corporación, elaboró un croquis de la solución propuesta (acceso mediante una doble escalera) y se reflejó la obra ejecutada en los planos finales de obra, dejando constancia, tanto en estos planos como en la memoria final de obra de que se trataba de una actuación no incluida en el proyecto ni certificada”*. Efectivamente, en la documentación final de las obras de *“Reurbanización del mirador del Peñueco y de la calle Ángel Soldevilla”*, consta en su página 4 que, *“debe reseñarse, por último, que se ha realizado una actuación para recuperar el denominado “poyo de los viejos” situado en el mirador del Peñueco. Se trata de un banco corrido orientado al sur y protegido de los vientos por un muro de piedra que se ha integrado formalmente en la reurbanización del mirador, aunque no forma parte del proyecto ni se incluye en la certificación, incluyendo, a continuación, fotografías ilustrativas de la obra ejecutada y de su estado anterior.*

Respecto al precio facturado, el informe especifica que *“algunos de los precios unitarios de la actuación no están definidos en el proyecto, como la ejecución del peldañado de hormigón visto o la consolidación y remate del muro de piedra. En otros casos, la difícil accesibilidad de esta zona hace inviable aplicar los precios de proyecto. Tomando en cuenta estas consideraciones, se estima que el precio facturado por el contratista (36.500,00 euros + IVA) se ajusta a los precios de mercado”*.

El contratista, en la fase de audiencia del expediente de revisión de oficio de actos nulos iniciado, manifiesta que esta obra fue verbalmente encargada por el Sr. concejal D. V.R.B.

Trasladada esta afirmación al Sr. concejal, al efecto de que pudiera efectuar manifestaciones o alegaciones a dicha afirmación, no se presentó ninguna alegación.

ii). sobre la obra denominada como *“Nueva instalación de riego y jardinería”*, dice el informe del Arquitecto redactor que: *“durante las visitas de obra se advirtió que se estaba procediendo a la renovación de la instalación de riego existente, que resultaba obsoleta, y a la plantación de diversas especies vegetales. Estas partidas no estaban incluidas en el proyecto y el contratista indicó que se realizaban por encargo de la Corporación. La actuación no fue incluida en la certificación de obra*



puesto que se desconocía que había sido encargada a la adjudicataria de las obras o a la empresa de jardinería de forma directa. En cualquier caso, el importe de las mismas, añadido al de la escollera, hubiera superado el 3% establecido para precios nuevos en el artículo 242.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. Ante la inexistencia de precios de proyecto para estas partidas, se estima que el precio facturado por el contratista (23.900,00 euros + IVA) se ajusta a los precios de mercado”.

También en este caso, el contratista manifestó en el trámite de audiencia que la obra fue verbalmente encargada por los Sres. concejales D^a M.R.M. y D. V.R.B., sin que éstos hicieran alegaciones al respecto cuando tuvieron posibilidad en el trámite concedido.

iii) sobre la obra denominada como “*Nueva instalación de alumbrado en el mirador*”, el informe técnico, precisa que, “*una vez finalizadas las obras y recibidas por la Corporación, se ha procedido a la mejora de la instalación de alumbrado público en el mirador; retirando los tres báculos existentes e instalando cinco luminarias LED 30 W sobre columnas de 5 metros de altura, idénticas a las instaladas en la calle Angel Soldevilla. La complejidad añadida a esta actuación al tener que realizarse una vez terminadas las obras hace imposible aplicar a las mismas los precios de proyecto. Se estima que el precio facturado por el contratista (17.900,00 euros + IVA) se ajusta a los precios de mercado*”.

Esta obra, según el contratista, también fue verbalmente encargada por los Sres. concejales D^a M.R.M. y D. V.R.B., sin que éstos hicieran alegaciones al respecto cuando tuvieron posibilidad en el trámite concedido.

iv) finalmente, sobre la obra denominada como “*Sustitución de barandillas existentes*”, se dice en el informe que, “*También una vez finalizadas las obras se ha procedido a la sustitución de diversos tramos de barandillas existentes no certificados. El proyecto contemplaba la instalación de 164,10 metros de barandillas, que fueron ejecutados y certificados una vez terminados las obras. Con posterioridad se han instalado 90 metros más en el entorno de las obras. El precio de proyecto (ejecución material) asciende a 131,80 euros/m al que hay que añadir 6,25 euros/m por la retirada de la barandilla existente, de dónde resulta un total de 138,05 euros/m que aplicados a los 90 metros de barandilla instalados suponen un total de 12.424,50 euros. Si añadimos gastos generales y beneficio industrial obtenemos 14.785,15 euros, a los que aun habría que repercutir la parte proporcional de seguridad y salud y gestión de residuos, por lo que podemos considerar que el precio facturado por el contratista (15.500,00 euros) es muy similar al de proyecto y se ajusta a los precios de mercado*”.

Esta obra fue encargada verbalmente por la Sra. concejala D^a M.R.M. según el contratista, afirmación no desvirtuada en el procedimiento ante la falta de comparecencia en trámite de audiencia por la concejala referida.

A juicio del técnico informante, las obras realizadas pueden agruparse en dos categorías, en función de su fecha de ejecución: Recuperación del “*banco de los viejos*” e “*instalación de riego y jardinería*”, realizadas de forma simultánea a las obras principales y “*nueva iluminación del mirador*” y “*sustitución de barandillas existentes*”, ejecutadas con posterioridad a la recepción de las obras.



7. En el expediente administrativo de revisión de oficio de actos nulos, consta informe de la Intervención de fecha 30/12/2022, en el que se indica, además de otras cuestiones referentes a la factura reclamada, que *“no existe crédito adecuado y suficiente para este gasto”*.

8. Según consta en el informe de la Secretaria-Intervención de 14 de abril de 2023, simultáneamente con la tramitación del presente procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, ha sido presentada denuncia por *“los concejales de la oposición, SV (Somos Viguera), por presuntas irregularidades, en relación a la obra de Reurbanización del Mirador de Peñueco y calle Angel Soldevilla, se han abierto Diligencias de investigación Penal nº 36/22, seguidas por la Fiscalía del TSJ, habiendo remitido las actuaciones realizadas al Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño”*.

9. Instruido el procedimiento de revisión de oficio, iniciado por acuerdo del Pleno de 14 de febrero de 2023, con audiencia al contratista, compareció éste en el expediente, identificando a los Sres. Concejales que contrataron *“verbalmente”* la ejecución de las obras referidas, conforme para cada partida facturada, ha quedado indicado en los antecedentes de este dictamen, dejando, además constancia de que dichos trabajos han sido ejecutados porque le han sido solicitados, que todos ellos *son afectos y asociados a la obra licitada* y que dichos trabajos han sido ejecutados en conformidad, perfectamente terminados.

10. Concedida audiencia a los Sres. concejales identificados como autores del encargo verbal de los contratos ejecutados, no presentaron alegación ni manifestación alguna, elevándose el expediente al Consejo Consultivo para su dictamen con suspensión del plazo máximo para resolver.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 18 de abril de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el mismo día, por el que se traslada que el Pleno del Ayuntamiento de Viguera acordó, remitir al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado 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 abril 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 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 los 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 Viguera ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, del *“acto administrativo de contratación verbal”* de las partidas de 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 LPAC'15*.

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 nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato administrativo de las obras de “Reurbanización del mirador El Peñueco y calle Ángel Soldevilla” de Viguera (La Rioja)

1. Si bien el expediente se instruye como revisor de un acto único que se identifica con todas las obras ejecutadas y facturadas por la empresa E.C.M., contenidas en una única factura, documento contable de referencia nº42/2022 de 7 de diciembre, por importe total de 113.498,00 euros, incluido beneficio industrial, gastos generales, “*la parte proporcional de seguridad y salud y gestión de residuos*” y el IVA, lo cierto es que las distintas partidas incluidas en la factura dimanaban de actos administrativos de diferente naturaleza jurídica, como ya apuntaba el técnico en su informe.

2. Así, las obras incluidas bajo la denominación de *Recuperación del “banco de los viejos”* e *“instalación de riego y jardinería”*, fueron, “*realizadas de forma simultánea a las obras principales*” y, además, fueron ejecutadas con la conformidad, al menos manifestada de forma tácita, de la dirección de obra y bajo la orden de los Sres. Concejales de la Corporación que intervinieron en las mismas. Concretamente en el caso del “*banco de los viejos*”, el técnico director de las obras, indica que la situación en la que se encontraba resultaba peligrosa y que la Corporación, durante una de las visitas de obra propone su rehabilitación, además de que es el propio Arquitecto, redactor del proyecto de la obra principal y director facultativo, el que advierte que las mismas no pueden encuadrarse en los supuestos legales de modificación del contrato previstos en los artículos 203.2 y 205 de la LCSP’17, por lo que “*no se considera viable la redacción de un proyecto modificado*”, y, sin embargo, y a su pesar, la dirección de obra, “*a petición de la Corporación*”, elaboró un croquis de la solución propuesta” e incluyó los planos y la descripción, incluso con fotografías de la obra ejecutada y ahora facturada, en la Memoria final de la obra concluyendo, en el informe emitido en el procedimiento revisor que, no obstante, aunque no se aplican los precios del proyecto, el precio facturado se ajusta al mercado.

Con respecto a la segunda de las obras, de este primer grupo, denominada “*Nueva instalación de riego y jardinería*”, el director de obra reconoce que la actuación no se incluyó en la certificación de obra, “*puesto que se desconocía que había sido encargada a la adjudicataria de las obras o a la empresa de jardinería de forma directa*”, motivación, absolutamente insuficiente, cuando en el propio informe indica que “*durante las visitas de*



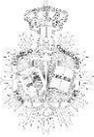
obra se advirtió que se estaba procediendo a la renovación de la instalación de riego existente, que resultaba obsoleta, y a la plantación de diversas especies vegetales. Estas partidas no estaban incluidas en el proyecto y el contratista indicó que se realizaban por encargo de la Corporación”, obviamente al director facultativo de la obra y responsable del contrato le hubiera bastado una actitud más diligente e indagatoria para conocer, en ese momento, los pormenores de esta contratación.

3. 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, ambas partidas de obras incluidas en la factura, cuyo pago se reclama por el contratista, responden a una modificación del contrato administrativo de obras, si bien, toda modificación de un contrato público deberá ser llevada a cabo de acuerdo con el procedimiento establecido si no se quiere incurrir en un vicio invalidante.

4. El régimen de invalidez contenido en los artículos 38 y siguientes de la LCSP'17 se refiere a los contratos, y no a las modificaciones, de tal forma que, en ningún momento se refiere la LCSP'17 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'17, 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en concreto, será de aplicación a las modificaciones contractuales el régimen de nulidades contenido en los artículos 47 y 48 LPAC'15 y el régimen de revisión contenido en los artículos 106 a 111 de la misma ley.

5. 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”* y el procedimiento que se habría omitido ante una vulneración de las previsiones de los artículos 204 y 205 LCSP 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'17 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.053/22) el encargo verbal de la ejecución de la modificación del contrato, igualmente 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, que, en este caso, deberían ser los del contrato en cuanto existieran en el mismo.

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'17, 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'17 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 LPAC, 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. LPAC'15, justifican el ejercicio de esa potestad.

Tercero

Consecuencias de la nulidad de la modificación del contrato de obras de “Reurbanización del mirador El Peñueco y calle Ángel Soldevilla” de Viguera (La Rioja)

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.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 LCSP'17, de hecho, la nulidad de tal acto modificativo sólo afectará a éste y a sus consecuencias.

Sin embargo, en el presente caso no puede soslayarse: i) Que la contratista aceptó la modificación establecida por el Ayuntamiento; ii) Que ejecutó parte de 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 del mercado, tal y como se admite por el Ayuntamiento en el expediente revisor, que no cuestiona el precio facturado; y iv) Que no ha percibido el importe de esta factura por la falta de crédito presupuestario consignado. De todo lo anteriormente reseñado, es únicamente responsable el órgano de contratación municipal.



En este contexto, consideramos ha de entrar en juego el mecanismo de la responsabilidad contractual en virtud del cual, en este caso, el Ayuntamiento viene obligado, ex art. 198.1 LCSP'17, a abonar importe de las dos partidas contenidas en la factura que no ha sido objeto de discusión por los órganos intervinientes en el procedimiento y que suponen un total de 73.084,00 euros IVA incluido.

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.

-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.

Cuarto

Sobre la nulidad de pleno derecho de la adjudicación verbal de los contratos de obras ejecutadas tras la finalización de la obra de *“Reurbanización del mirador de El Peñueco y calle Ángel Soldevilla”* de Viguera (La Rioja)

1. Tal y como hemos dicho, el expediente ha sido instruido como revisor de un acto administrativo único, sin embargo, dos de las partidas incluidas en la factura tienen la naturaleza jurídica de un modificado del contrato administrativo de obras en ejecución, cuyas consecuencias han sido analizadas con anterioridad y las otras dos partidas incluidas en la factura como i) *“Nueva instalación de alumbrado en el mirador”* cuyo precio de ejecución es de 21.659,00 euros IVA incluido, que según el informe técnico *“se corresponde con los precios de mercado”*, y la partida de ii) *“Sustitución de barandillas existentes, instaladas en el entorno de las obras por un precio de 18.755,00 euros”*, IVA incluido, que el técnico informante considera *muy similar al de proyecto y se ajusta a los precios de mercado*, fueron realizadas una vez finalizadas y recibidas las obras ejecutadas conforme al contrato administrativo de obras de *“Reurbanización del mirador de Peñueco y calle Ángel Soldevilla de Viguera (La Rioja)”*, y tienen distinto objeto por lo que son dos contratos administrativos de obras independientes del anterior, conforme al artículo 13 de la LCSP'17.



2. Las dos obras fueron consecuencia de encargos verbales, sin crédito adecuado y suficiente para su contratación. A criterio de este Consejo, es claro que los encargos verbales, constituyen un auténtico acto administrativo de adjudicación de un contrato también administrativo. Y ello es así, por graves que sean los vicios que aquejen a ese acto, y por mucho que tal acto se haya exteriorizado o manifestado de manera verbal y no escrita.

3. Si, según una definición generalmente aceptada, acto administrativo es toda declaración de voluntad, conocimiento o juicio emitida por una Administración pública, en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, los encargos verbales dirigidos por el Ayuntamiento de Viguera, a la entidad contratista *E.C.M.* que aparecen en el expediente constituyeron actos administrativos adjudicatorios de sendos contratos administrativos, como declaración de voluntad por la que la Administración municipal, seleccionando a un contratista concreto con exclusión de cualesquiera otros, le encomendó la realización de prestaciones que son propias de un contrato que sólo puede calificarse como administrativo. Este es el contenido esencial propio de los *actos de adjudicación* de los contratos administrativos, tal como los definen los arts. 150.3 y 151 LCSP'17.

Por otro lado, la naturaleza *administrativa* de los contratos que nos ocupan es indudable, tanto por razón de *quien lo adjudica*, una Administración local (art. 2.1 y 3.1.a LCSP'17), como por razón de su *objeto o finalidad*, que es la realización de obras de competencia de la entidad local.

En definitiva, aquellos encargos verbales constituyeron, materialmente, cada uno de ellos, un acto de adjudicación de un contrato administrativo, sin que sea obstáculo a tal apreciación el que, en este caso ese acto administrativo se expresara de forma verbal. En efecto, aunque, ordinariamente, “*los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos*” (art. 36.1 LPAC'15), la constancia escrita de un acto administrativo no constituye un requisito necesario para su existencia. Cuestión bien distinta será la incidencia que esa *forma verbal* produzca sobre la *validez* o la *eficacia* del acto, o las dificultades que entrañe la prueba de la propia existencia y contenido de ese acto; pero, si bien el ordenamiento jurídico español no proscribiera radicalmente que “*los órganos administrativos ejerzan su competencia de manera verbal*”, sino que incluso contempla esa posibilidad (art. 36.2 LPAC'15), sí que está expresamente prohibida en el ámbito de la contratación pública por el artículo 37 de la LCSP'17 que, al regular el carácter formal de la contratación del sector público, proscribiera la contratación verbal con la única excepción de los supuestos de emergencia.

4. Si bien, en este caso, en el procedimiento instruido no se ha acreditado la persona o personas concretas que realizaron el “*acto de adjudicación*” de forma verbal, el Pleno del Ayuntamiento de Viguera al acordar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de un



acto nulo por acuerdo de 14 de febrero de 2023, reconoce de forma implícita que el Ayuntamiento realizó estas dos adjudicaciones verbales, lo que supone, a nuestros efectos, que existe *materia revisable*, esto es, 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 LPAC'15, justifican el ejercicio de esa potestad.

En efecto, y como se ha señalado, de entre los actos dictados por las Administraciones Públicas en el seno de su actividad contractual, el art. 41.1 LCSP'15 identifica, como susceptibles de revisión de oficio, “*los actos preparatorios y... los actos de adjudicación de los contratos*”.

Obviamente, los municipios ostentan la potestad de revisión de oficio de sus propios actos, además de por disponerlo así, *in genere*, el art. 106 LPAC'15, por preverlo así los arts. 4.1.g) y 53 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL'85), estando atribuida la competencia para su ejercicio al Pleno de la Corporación, según la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 1646/2022 de 13 de diciembre de 2022.

5. El ya citado artículo 38 de la Ley, a la sazón aplicable, señala que los contratos de las Administraciones Públicas serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes. En concreto, el artículo 39 se refiere a las causas de nulidad de derecho administrativo, que son las que enumera el propio artículo, entre las que figura, en el apartado 1), “*las indicadas en el artículo 47.1 de la LPAC'15*”.

Y, según el apartado e) de dicho artículo 47.1, son nulos de pleno derecho “*los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”.

Concurre además de la causa anteriormente expresada, causa de nulidad del artículo 39.2.b) de la LCSP'17 por carecer de crédito presupuestario para la adjudicación del contrato.

6. Por tal motivo, debemos de concluir que la adjudicación verbal y sin crédito presupuestario a *E.C.M.* de los contratos de obras de las dos partidas incluidas en la antedicha factura son nulas de pleno derecho.

Quinto

Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de los actos de adjudicación



de los contratos de ejecución de las obras de “Nueva instalación de alumbrado en el mirador” y “Sustitución de barandillas existentes”

1. Según la doctrina mantenida por este Consejo (D.053-22), la invalidez del acto de adjudicación contractual se comunica automáticamente al contrato mismo. Ciertamente, el acto administrativo de adjudicación y el contrato administrativo son actos jurídicos diferentes. Mientras que el acto administrativo adjudicatorio es unilateral, y a través de él se manifiesta la voluntad exclusiva de la Administración (órgano de contratación); el contrato administrativo es un vínculo jurídico bilateral que se perfecciona como consecuencia de un acuerdo de voluntades o, expuesto con más precisión, mediante la formalización de ese acuerdo de voluntades (arts. 36.1 LCSP'17), formalización que, generalmente, deberá ser escrita (arts. 37.2 y 153), con las solas excepciones y matizaciones a esta regla establecidas, por los arts. 37.1, 37.2, 118 y 153.2 LCSP'17, para los contratos menores y de emergencia.

Ahora bien, el hecho de que el acto de adjudicación y el contrato administrativo sean realidades jurídicas distintas no impide que los vicios que aquejen al acto de adjudicación se comuniquen al contrato mismo, ya que la declaración de voluntad contractual de la Administración sólo será válida en tanto en cuanto lo sean los actos de preparación y adjudicación del contrato, que sirven de presupuesto a aquella declaración de voluntad.

Este principio inspira el precitado art. 38.b) LCSP'17, y también el art. 42.1 LCSP'17, a cuyo tenor *“la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del contrato mismo”*.

La ratio de estos preceptos resulta evidente: el expediente de contratación y el subsiguiente procedimiento de adjudicación constituyen una sucesión de trámites encaminados, precisamente, a permitir la formación regular de la voluntad contractual de la Administración, y a que ésta, por su contenido, sea conforme con los principios que gobiernan la contratación pública (selección de la oferta más ventajosa, publicidad, libre concurrencia, no discriminación de licitadores, entre otros).

De este modo, si esos actos preparatorios y de adjudicación son inválidos, también lo ha de ser el contrato mismo.

Esto dicho, si, en el caso que nos ocupa, el acto de adjudicación del contrato es nulo de pleno Derecho, la consecuencia es la propia nulidad del vínculo contractual que el Ayuntamiento y la mercantil pretendieron establecer pues, con arreglo al art. 42.1 LCSP'17, *“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”*.



2. A partir de ahí, la nulidad del contrato entraña que, como señala el art. 42.1 LCSP'17, dicho contrato *“entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

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.

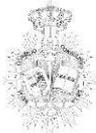
En efecto, la declaración de ser nulo un contrato sinalagmático -como lo es cualquier contrato administrativo - obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o 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, 1302-2002 y 04-02-2009.

Pero, obsérvese bien que, en supuestos como el que nos atañe, la obligación de que el Ayuntamiento indemnice a la mercantil 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, ya que, está claro que entre las partes mediaba un concierto de voluntades, y, en ejecución de ese concierto, la mercantil ejecutó las obras que ahora no pueden serle restituidas *in natura*, lo que generaría en favor del Ayuntamiento una atribución patrimonial no justificada, que debe evitarse.

En este caso, es indiscutible que las obras están ejecutadas, entregadas al uso general y, por su propia naturaleza, son irrestituibles *in natura*, pues no pueden devolverse a la mercantil que los ha ejecutado y aunque no consta acreditada la persona física concreta que materializó los encargos verbales para la ejecución de las obras, se deduce, sin lugar a dudas,



que el contratista ejecutó las obras, bajo la certeza de un encargo procedente de la Corporación, y así se infiere del propio acuerdo del Pleno que, acordó iniciar expediente para la revisión de oficio de actos nulos, sin que, en ningún momento se cuestionara la certeza de la responsabilidad municipal en la orden cursada, la cual, tampoco es negada por la Teniente de Alcalde, que, a la sazón, presidía dicho Pleno al ser interpelada por un Concejal del Grupo Municipal “Somos Viguera” (SV), por lo que puede considerarse que la empresa contratista *“ha actuado de buena fe por orden de la administración”*.

Así las cosas, el importe de la indemnización que debe percibir la empresa se identifica con el importe facturado por las dos obras contratadas verbalmente y ejecutadas por el contratista, esto es, el precio de 21.659,00 euros IVA incluido por la ejecución de las obras denominadas como *“Nueva instalación de alumbrado en el mirador”* y el precio de 18.755,00 euros, IVA incluido por la ejecución de las obras denominadas como *“Sustitución de barandillas existentes”*, estimando adecuados, también en este caso, los criterios para determinar el valor real de la prestación ejecutada por la mercantil, ya expresados con anterioridad, en particular en lo que se refiere 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.

Por otro lado, cabe razonablemente suponer que el importe total de las facturas refleja el coste económico que el Ayuntamiento habría debido padecer para obtener las prestaciones facturadas, en el caso de haber realizado una contratación en forma.

En un sentido contrario, si el valor pecuniario que se atribuyera a la prestación irrestituible fuera menor, se produciría el contrasentido de que a la Administración municipal le habría resultado más ventajoso contratar de manera irregular que hacerlo correctamente, efecto que, por absurdo e injusto, debe rechazarse.

En fin, si es cierto que puede sostenerse a priori que el valor económico de la prestación no ha de incluir el beneficio industrial del contratista, también debe repararse en que el tercero ha incurrido en un claro coste de oportunidad, pues al haber ejecutados estas obras para el Ayuntamiento de Viguera no ha podido hacerlo para otros sujetos. De este modo, detraer ese beneficio industrial (cuya cuantía o importe ignora este Consejo) 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 del



servicio, que, además, no ha planteado objeción alguna en relación con la correcta ejecución de las obras por parte de la mercantil interesada, ni respecto al valor facturado por los mismos.

Sexto

Consideraciones finales

A pesar de la conclusión lógica de este Dictamen, y con pleno respeto a las consecuencias y conclusiones que pudieran derivarse del procedimiento penal que se tramita ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño, este Consejo debe advertir, 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, 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 dan origen al expediente sometido a consulta, en el mismo sentido en el que se manifiesta el Consejo de Estado en el Dictamen 606/2020.

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

El Ayuntamiento de Viguera, al encomendar verbalmente a *E.C.M.*, durante la ejecución del contrato de obras de “*Urbanización del mirador El Peñueco y calle Angel Soldevilla*” y sin crédito adecuado y suficiente, la ejecución de las obras de “*Recuperación del banco de los viejos*” por importe de 44.165,00 euros IVA incluido y “*Nueva instalación de riego y jardinería*” por importe de 28.919,00 euros IVA incluido, dictó un acto de modificación contractual nulo de pleno Derecho [art. 47.1 e) LPAC’15 y art. 39.2,b) de la LCSP’17].

Segunda

No obstante, la nulidad de esta modificación y como quiera que *E.C.M.* ejecutó las obras encomendadas por el Ayuntamiento, de acuerdo con los precios de mercado y a su satisfacción, éste ha de abonarle el importe de 73.084,00 euros por el total del modificado aprobado, conforme consta incluido en la factura emitida con el nº 42/2022 de 7 de diciembre de 2022.

Tercera

El Ayuntamiento de Viguera, al encargar verbalmente a *E.C.M.*, una vez finalizada y recibida la obra “*Urbanización del mirador El Peñueco y calle Angel Soldevilla*” y sin crédito adecuado y suficiente, la ejecución de las obras de “*Nueva instalación de alumbrado en el mirador*” y “*Sustitución de barandillas existentes*”, dictó un acto de adjudicación contractual nulo de pleno Derecho [art. 47.1 e) LPAC’15 y art. 39.2,b) de la LCSP’17], cuya nulidad conlleva también la de los contratos mismo.

Cuarta

La consecuencia de esa nulidad debe ser la liquidación de los contratos y la restitución recíproca de las prestaciones, lo que ha de suponer el reconocimiento, y abono, por el Ayuntamiento, a la empresa, de la cantidad de 21.659,00 euros IVA incluido por la ejecución, según los precios de mercado de la obra de “*Nueva instalación de alumbrado en el mirador*” y por importe de 18.755 euros IVA Incluido por la ejecución, según precios de mercado de la obra de la obra de “*Sustitución de barandillas existentes*”, conforme consta incluido en la factura emitida con el nº 42/2022 de 7 de diciembre de 2022.



CONSEJO CONSULTIVO
DE
LA RIOJA

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