

Dictamen n.º: **367/20**
Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Deportes,
Transparencia y Portavoz del Gobierno**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **08.09.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 8 de septiembre de 2020, sobre la consulta formulada por el Vicepresidente, Consejero de Deportes, Transparencia, y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre sobre declaración de nulidad de pleno derecho de la contratación verbal realizada a la UTE “*Campeonatos 2018*”, encomendándole la prestación del servicio de transporte para las actividades y competiciones “*Madrid Comunidad Olímpica*” e “*Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte*” en las que participa la Comunidad de Madrid, para el periodo comprendido entre mayo y junio de 2019, y que se establezca la procedencia del abono en favor de la referida UTE de la cantidad de 76.783,05 euros, en concepto de importe resarcitorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de julio de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de

dictamen formulada por el vicepresidente, consejero de Deportes, Transparencia, y portavoz del Gobierno, sobre la declaración de nulidad de la contratación verbal realizada a la UTE “*Campeonatos 2018*” referida en el encabezamiento.

A dicho expediente se la asignó el número 362/20, comenzando el plazo para la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, de acuerdo con lo dispuesto en su Reglamento de Organización y Funcionamiento aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido a la letrada vocal, Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 8 de septiembre de 2020.

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

1. Por medio de Orden 1777/17 de 18 de mayo, de la consejería de Educación, Juventud y Deportes, se aprobaron los pliegos que habían de regir la adjudicación y ejecución del contrato de servicios denominado “*Servicios de transporte para las actividades y competiciones “Madrid Comunidad Olímpica” e Institutos promotores de la actividad física y el deporte” en las que participa la Comunidad de Madrid, a través de la Dirección General de Juventud y Deporte durante el año 2018*”. Asimismo se aprobó el gasto por importe de 350.174 euros distribuido en una sola anualidad (2018).

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

- Según la cláusula 1 del PCAP el contrato tenía por objeto el *«Servicio de transporte de los participantes en las actividades y competiciones “Madrid Comunidad Olímpica” e “Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte” (antes “Campeonatos Escolares de los Institutos de Enseñanza Secundaria”), en las que participa la Comunidad de Madrid, a través de la Dirección General de Juventud y Deporte, durante el año 2018. Las rutas previstas, un máximo de 1520, se efectuarán de conformidad con el calendario de las citadas competiciones y actividades, permitiendo el desplazamiento de los equipos de los centros educativos participantes inscritos, en los distintos deportes que componen estos Programas Deportivos y que necesiten, a criterio de la organización, un transporte específico en autobús, por no existir alternativa en transporte público o ser ésta de tan larga duración y complejidad, que impidan a los participantes acceder a tiempo a los encuentros deportivos. Dichos programas deportivos, tienen como finalidad la promoción del deporte, acercando a los jóvenes la práctica deportiva en diferentes modalidades deportivas».*

- Se estableció como forma de adjudicación el procedimiento abierto mediante criterio precio (cláusula 7 en relación con el apartado 7 de la cláusula 1).

- El plazo de ejecución total del contrato se fijó en 12 meses, del 1 de enero de 2018, o desde la fecha de formalización del contrato si éste fuese posterior, hasta el 31 de diciembre de 2018 (cláusula 22 del PCAP en relación con el apartado 14 de la cláusula 1).

Se contempló la posible prórroga del contrato por acuerdo expreso de ambas partes, no pudiendo superar, aislada o conjuntamente, el plazo inicial de vigencia del contrato. Duración máxima del contrato incluidas las prórrogas: 24 meses (cláusula 23 del PCAP en relación con apartado 14 de la cláusula 1).

- La cláusula 26 del PCAP en relación con el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP permite las modificaciones del contrato en los siguientes términos: *“Dado que no es posible determinar con exactitud el número total de rutas a realizar durante el año 2018, en tanto que depende del propio desarrollo de las competencias, de la ubicación de los centros educativos que vayan pasando en cada una de las fases eliminatorias de las competencias, al igual que de otras actividades o eventos, el número de rutas incluidas en el presente contrato tiene carácter indicativo. Por ello, de conformidad con el artículo 106 del TRLCSP, se establece la posibilidad de que antes de la finalización del plazo de ejecución, y a la vista de las necesidades concretas a realizar comprendidas dentro del objeto del contrato, la Dirección General de Juventud y Deporte tramite, previa audiencia de la empresa adjudicataria, una modificación del contrato para ampliar el número de rutas respecto de las inicialmente previstas, en las mismas condiciones y precio unitario de adjudicación. Dicha modificación se realizará siempre que sea necesario ampliar el número máximo de rutas como consecuencia de un mayor número de encuentros previstos, una mayor duración de las competencias o de sus diferentes fases o un mayor número del incremento de las rutas previstas, debido a las ubicaciones geográficas de los diferentes equipos.*

Porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar: 10% del precio de adjudicación.

Procedimiento para la modificación: Antes de que finalice el plazo de ejecución del contrato, la Dirección General de Deportes dará el preceptivo trámite de audiencia al contratista, tal y como establece el artículo 211 del TRLCSP. Así mismo, el órgano de contratación requerirá al empresario para que, en el plazo máximo de 15 días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación, reajuste la garantía definitiva, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado.

Para la modificación del presente contrato se atenderá a lo establecido en los artículos 211 y 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

2. Tras la licitación, por Orden número 57/2018 de 26 de enero de la consejería de Cultura, Turismo y Deportes se adjudicó el contrato a la UTE “CAMPEONATOS 2018”.

3. El contrato se formalizó el 21 de febrero de 2018 con un presupuesto estimado destinado a la ejecución del contrato de 350.174 euros (Base imponible 318.340 euros e IVA del 10% -31.834 euros) con un porcentaje de reducción del 13,10% sobre cada uno de los precios de licitación).

El plazo de ejecución se fija desde la fecha de celebración del contrato hasta el día 31 de diciembre de 2018 con posibilidad de prórroga por mutuo acuerdo, no pudiendo superar aislada o conjuntamente el plazo inicial del contrato. Para responder de la ejecución del contrato la UTE constituyó una garantía definitiva en forma de aval por importe de 15.917 euros.

4. Mediante Orden de 19 de diciembre de 2018 de la consejería de Cultura, Turismo y Deportes se aprobó la prórroga primera del contrato de referencia, por importe de 350.174 euros para el periodo comprendido desde el 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019, formalizándose entre las partes con fecha 27 de diciembre de 2018.

5. El día 5 de agosto de 2019 se formaliza entre las partes la modificación del contrato con un incremento del precio de 34. 856, 71 euros. El expediente referido a dicha modificación contractual no ha sido remitido a esta CJA.

6. El día 9 de octubre de 2019, el subdirector general de Programas Deportivos emite Memoria Justificativa explicando las circunstancias *“que han impedido asumir todo el volumen del transporte escolar generado por los programas deportivos desarrollados durante el curso 2018/19, con el número de rutas previamente establecido en el contrato”*. Concluye que *«a fin de proceder al pago de las cantidades pendientes correspondientes a la prestación del servicio de transporte para las actividades y competiciones de “Madrid Comunidad Olímpica” e “Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte” durante el periodo comprendido entre los meses de mayo y junio de 2019 por importe de 81.684,09 euros, se solicita la convalidación de dicho gasto mediante la tramitación de la factura nº 7 de fecha 29 de julio de 2019 emitida por la “U.T.E CAMPEONATOS 2018”»*.

7. El servicio de Deporte Escolar emite con fecha 11 de octubre de 2019 un informe a petición de la Subdirección General de Programas Deportivos en el que refiere que *“tres aspectos completamente aleatorios y someter el margen económico al apoyo de actividades en el medio natural fue lo que provocó el desfase en 76.762,68 € en este programa.*

En resumen:

1. *La asunción de programas vinculados al contrato 2019 se realiza con los datos del 2018, en los que queda demostrado que la solvencia del mismo era perfectamente viable para el año 2019, ya que a fecha septiembre de 2018 el contrato prorrogado disponía de 64.574,62 € y una posibilidad de ampliación (no ejecutada) de 31.834,00 €. El incremento propuesto para actividades en el Medio Natural podría suponer un tope de 96.408,62 €.*

2. *Que los programas MCO asumidos para el curso 2018/2019 y que arrancaron con el contrato 2018 con un coste de 39.086,34 €, supusieron un incremento hasta los 93.855,12 €, el número de centros por la alta demanda y el incremento de actividades de doble jornada que duplicaron*

el número de rutas de larga distancia A + B. Aun así, el contrato podría haber asumido este incremento que había sido planificado.

3. Sin embargo, el aumento del número de equipos en el programa, la disminución del número de grupos en algunas categorías y modalidades, con el consiguiente aumento de la dispersión y la imposibilidad para concentrar a los deportistas alojados en el Puerto de Navacerrada en actividad de doble jornada en las finales IPAFD, provocó un aumento de 76.762,68 € en este programa que fue concretado al finalizar los encuentros deportivos a comienzos de Junio de 2019.

Estas dificultades que se concretaron en el mes de marzo, unido a la imposibilidad de comparar los datos de enero y febrero del 2018 (el contrato no estaba en vigor) y a la incorporación de servicios de transporte para casi 15.000 alumnos provocó que la tramitación del expediente de ampliación por 31.834,00 € no fuese suficiente para atender al alumnado en el curso 2018/2019 y que fuese necesario seguir realizando estos servicios programados en 2018 por importe de 74.258,28 € antes del final de las actividades que en su mayoría terminaban el 31 de mayo de 2019, lo que hizo inviable la tramitación de un contrato que paliase las necesidades sin afectar al calendario escolar y de actividades”.

8. El 20 de noviembre de 2019, previa solicitud de fiscalización del expediente de gasto por importe de 81.684,090 euros, la Intervención Delegada emite informe en el que hace constar que según se desprende del expediente remitido, se ha realizado un gasto con omisión de la preceptiva fiscalización, precisando que “en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización se había producido los siguientes defectos o infracciones del ordenamiento jurídico: No existe cobertura contractual, produciéndose una vulneración de los principios por los que se rige la contratación administrativa, esto es, publicidad, procedimiento o forma de adjudicación, y con ello, la sujeción preceptiva a la fiscalización previa de los expedientes.”

9. Consta en el expediente la factura de fecha 2 de enero de 2020 presentada por la UTE por un “CAMPEONATOS 2018” por un importe de 81.684, 11 euros con descripción de las rutas realizadas.

TERCERO.- El 24 de marzo de 2020, el director general de Infraestructuras y Programas de Actividad Física y Deporte formula una propuesta de inicio de un procedimiento de revisión de oficio y determinación de responsabilidades que, en su caso, se deriven, por la contratación por el jefe de Servicio de Deporte Escolar de transporte escolar en la temporada 2018/2019 por importe facturado de 81.684,09 euros excediendo el crédito y los servicios incluidos en el contrato mayor, sin haberse tramitado debidamente el modificado, considerando nula la contratación en base a lo dispuesto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

A su vez, propone indemnizar a la entidad “UTE CAMPEONATOS 2018” por el importe del servicio prestado de 76.783,058 euros, que se corresponde con el importe de la factura presentada, restado el beneficio industrial y recalculado el IVA en proporción a dicha resta, por haberse prestado el servicio según consta en el informe de fecha 1 de octubre de 2019, y suponer lo contrario, un enriquecimiento injusto para la Administración Pública.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y a petición de la Subdirección General de Régimen Jurídico y Desarrollo Normativo de la Secretaría General Técnica, el representante de la UTE “*Campeonatos 2018*”, con fecha de 13 de abril de 2020, con registro de entrada de 14 de abril de 2020, prestó su conformidad a la no suspensión de los plazos de tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

El 17 de abril de 2020 emite informe el subdirector general de Régimen Jurídico y Desarrollo Normativo de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno en cuyas conclusiones indica que procede iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal, a la UTE “Campeonatos 2018”, de los servicios de transporte para las actividades y competiciones “*Madrid Comunidad Olímpica*” e “*Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte*” en las que participa la Comunidad de Madrid, para el periodo comprendido entre mayo y junio de 2019; así como otorgar trámite de audiencia a la misma.

Por medio de Orden 185/2020 de 19 de abril, de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno, se inicia el procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal realizada a la UTE “*Campeonatos 2018*”, encomendándole los servicios de transporte para las actividades y competiciones “*Madrid Comunidad Olímpica*” e “*Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte*” en las que participa la Comunidad de Madrid, para el periodo comprendido entre mayo y junio de 2019.

Conferido trámite de audiencia a la empresa contratista, esta manifestó mediante escrito presentado al efecto su intención de no formular alegaciones.

El día 3 de junio de 2020 la Intervención General de la Comunidad de Madrid emite informe de documentación y actuaciones interesadas, refiriéndose, entre otras, a la ausencia de propuesta de resolución; la procedencia de rectificación de errores de la factura de 2 de enero de 2020; la rectificación del importe calculado en concepto de beneficio industrial; la solicitud de aclaración sobre qué servicios se han abonado con cargo a la ampliación verificada mediante la modificación del contrato el 5 de agosto de 2019 - fecha posterior a la realización de las rutas de mayo y junio- por un importe de 34.856,71 €, y a la aclaración

sobre la cantidad señalada como precio del contrato y como precio vigente.

El 8 de julio de 2020 el director general de Infraestructuras y Programas para la Actividad Física y el Deporte emite informe sobre las actuaciones interesadas por la Intervención, cumplimentando todas ellas. En concreto, en relación al importe que debería abonarse, restado el beneficio industrial, al contratista según los cálculos de la Intervención, se indica que *“se procede a corregir este como sigue y se solicita a la Secretaría General Técnica que se rectifique el error en el mismo sentido en el acuerdo de inicio del procedimiento (la Orden 185/2020 de 19 de abril) y, se notifique al contratista, todo ello antes de proceder a dictar la propuesta de Resolución a la que hace referencia la actuación interesada nº 3:*

Factura original con IVA: 81.684,11 €

Factura IVA excluido: 74.258, 28 €:

BI-Beneficio industrial (6%): 4.455, 4968 €

Resto precio (94%): 69.802,7832 €

IVA 10% 6.980, 27832 €

*TOTAL A FACTURAR REVISION DE OFICIO**: 76.783,06 €*

Para llegar al importe a facturar se ha descontado del precio sin IVA del servicio, el 6% de beneficio industrial siguiendo con los informes de los órganos consultivos citados en la propuesta y en la Orden de inicio del expediente.

Siguiendo con las actuaciones de la Intervención, no se desglosa porcentaje de gastos generales al señalar, con buen criterio, que no existe documento regulador de este servicio contratado (pliegos, entre otros) que determine el porcentaje exacto a aplicar dentro de los márgenes que

determina el Reglamento para tal concepto, ni tener conocimiento de informes jurídicos (que sí los hay para el porcentaje del 6% de beneficio industrial) que hayan interpretado para casos como este, que debe de calcularse un porcentaje fijo y concreto, ni cuál”.

Como consecuencia del cambio en el procedimiento para calcular el importe resarcitorio propuesto, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP/17, por Resolución de la Secretaría General Técnica de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno, se concede un nuevo trámite de audiencia a la UTE “Campeonatos 2018”, manifestando la citada UTE su intención de no formular alegaciones.

Con fecha 23 de julio de 2020 la Interventora General de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la propuesta de revisión de oficio de la contratación verbal realizada a la UTE “Campeonatos 2018”, encomendándole los servicios de transporte para las actividades y competiciones “Madrid Comunidad Olímpica” e “Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte” en las que participa la Comunidad de Madrid, para el periodo comprendido entre mayo y junio de 2019“, por importe total de 76.783,06 euros. Programa 336A, Subconcepto 28001.

El día 23 de julio de 2020, el secretario general técnico de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno formula propuesta de resolución en los términos expuestos.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la

Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud del vicepresidente, consejero de Deportes, Transparencia y Portavoz del Gobierno, conforme establece el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

Al tratarse de una revisión de oficio en materia de contratación, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 41 la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), de aplicación al procedimiento de revisión que analizamos en virtud de su fecha de inicio, que dispone que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el capítulo I del título V de LPAC.

Conviene precisar, como ya hicimos en nuestros Dictámenes 242/17, de 8 de junio y 545/19, de 19 de diciembre, que aunque el citado artículo menciona la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación, esta Comisión considera que la aprobación de una modificación contractual es una formación de la voluntad de la contratación y como tal resulta de aplicación la doctrina de los actos separables. En el citado dictamen nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008, (Asunto C-454/06 Pressetex achrichtenagentur GmbH), que mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato.

Por lo que se refiere a la remisión que la LCSP/17 realiza a la LPAC, el artículo 106.1 de este último texto legal regula la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa

propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC.

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

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

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

Como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio comprende, en primer lugar, el acuerdo de inicio del procedimiento adoptado por órgano competente. En este punto el artículo 41.3 de la LCSP/2017 dispone que:

“Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso,

deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

En este caso, la competencia para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al vicepresidente, consejero de Deportes, Transparencia y Portavoz del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.4.b) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en el artículo 41 de la LCSP y en el artículo 106 de la LPAC en relación con el Decreto 281/2019, de 29 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno. En virtud de la Orden 41/2019, de 20 de noviembre, del vicepresidente, consejero de Deportes, Transparencia y Portavoz del Gobierno (BOCM 3 de diciembre de 2019), se delega en el titular de la Secretaría General Técnica la competencia para la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos nulos.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho

trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, según dispone el artículo 82 de la LPAC. En este caso, se notificó a la UTE contratista en dos ocasiones la propuesta de inicio del expediente de revisión de oficio con indicación de los hechos y fundamentos de derecho en los que se basaba. Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, la UTE adjudicataria presentó en los dos casos sendos escritos manifestando su intención de no formular alegaciones.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad con la motivación que exige el artículo 35.1.b) de la LPAC.

En el presente caso, como se ha indicado, consta la propuesta de resolución firmada por el secretario general técnico de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno.

En cuanto al plazo, al tratarse de una solicitud de revisión de oficio iniciada por la propia Administración el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución produciría la caducidad del mismo. El procedimiento se inició por Orden 185/2020 de 19 de abril, de la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno por lo que el procedimiento no habría caducado a la fecha de la emisión del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERA.- Respecto de la potestad de revisión de oficio, esta Comisión (por ejemplo en los Dictámenes núm. 522/16 de 17 de noviembre, 82/17, 85/17 y 88/17 de 23 de febrero y 97/18, de 1 de

marzo) ha venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 458/2016, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

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

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

“El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos..., expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico. Sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera

radical. Por ello, dada la "gravedad" de la solución, se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículo 217.4 LGT segundo párrafo)".

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

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

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

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

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

“(...) Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los tramites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los tramites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)”.

También hemos señalado en nuestros dictámenes que en el ámbito de la contratación administrativa, la legislación es especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites en garantía no solo del interés público, sino también del respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia así como los de igualdad y no discriminación.

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

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

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

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

La Dirección General de Infraestructuras y Programas de Actividad Física y Deporte señala, en el informe emitido con fecha de 24 de marzo de 2020, que el Jefe de Servicio de Deporte Escolar encargó verbalmente a la UTE CAMPEONATOS 2018 la prestación del servicio de transporte para las actividades y competiciones de *“Madrid Comunidad Olímpica”* e *“Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte”* durante el periodo comprendido entre los meses de mayo y junio de 2019. En cuanto a la contratación verbal, el artículo 37.1 de la LCSP/2017 lo prohíbe expresamente, salvo para los casos en que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia.

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

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

“(…) haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública”.

En ese supuesto el Alto órgano consultivo del Gobierno de la Nación rechaza que su dictamen se recabe *“(…) para convalidar”, sin duda, la situación creada y consumada “de facto” con la ejecución material de la modificación*», por lo que *“(…) en el ejercicio de su función garantista y conforme a los razonamientos que anteceden, no puede aceptar la conveniencia de aprobar la modificación pretendida”.*

Sobre la procedencia de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato en supuestos de contratación verbal, resulta muy significativo el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre 2011 (expediente 1724/2011) en el que pone de manifiesto que por mucho que la práctica y doctrina anterior hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que *“en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno*

derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato. Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad”. Ello no obstante, puntualiza el Consejo de Estado, “nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma”.

Además tal y como dijimos en nuestros dictámenes 545/19 de 19 de diciembre y 231/20, de 23 de junio, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la esencial relevancia que la legislación contractual otorga al cumplimiento del procedimiento legalmente establecido “como presupuesto de ese efecto novatorio y no de convalidación de una alteración ya producida” (Dictamen de 8 de junio de 1990) ha subrayado que “de haberse realizado parte de las obras antes de que se aprobara el correspondiente proyecto reformado (...) procederá depurar las

responsabilidades contraídas” (Dictamen de 21 de junio de 1990). Sobre esa depuración de responsabilidades, por las graves irregularidades cometidas en la contratación sin ajustarse al procedimiento legalmente establecido, es especialmente significativo el Dictamen del Consejo de Estado n°1037/2016, de 23 de febrero de 2017.

En este caso y en cuanto a la exigencia de posibles responsabilidades, la propuesta de resolución se refiere expresamente al informe de la subdirección general de Régimen Jurídico y Desarrollo Normativo de acuerdo con el cual, *“una vez resuelto el presente procedimiento de revisión de oficio, y a la vista del contenido de la resolución, procederá, en su caso, la exigencia de posibles responsabilidades administrativas. Habrá que estar si, finalmente se abonan cantidades en concepto de daños y perjuicios, o en concepto de resarcimiento por la prestación del servicio”*.

Conforme a lo expuesto, en este caso cabe considerar que la modificación contractual se verificó sin la tramitación del procedimiento legalmente establecido, incurriéndose en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1 e) de la LPAC.

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

QUINTA.- En lo que concierne a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 42 de LCSP/17 indica que el contrato *“entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible*

se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, reflejada entre otros en los Dictámenes 513/17 de 14 de diciembre, 383/19 de 3 de octubre y 545/19 de 19 de diciembre, ha venido declarando que, en los casos de nulidad, la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el citado artículo 42 de la LCSP/2017.

En este sentido, la propuesta de resolución, con mención expresa de distintos dictámenes de esa Comisión Jurídica Asesora precisa que no debe abonarse a la UTE “Campeonatos 2018” el precio de la prestación facturado entre los meses de mayo y junio de 2019, sino su coste, calculado, detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener, determinado contradictoriamente en este procedimiento.

Respecto del importe a abonar contemplado en la propuesta de resolución, se ajusta al informe de actuaciones interesadas emitido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid que, con fecha 23 de julio de 2020 emitió informe favorable de fiscalización de la propuesta de revisión de oficio por el importe propuesto, de 76.783,06 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio de la contratación verbal realizada a la UTE “Campeonatos 2018”, para la prestación del servicio de transporte para las actividades y competiciones “Madrid Comunidad Olímpica” e “Institutos Promotores de la Actividad Física y el Deporte” en las que participa la Comunidad de Madrid, para el periodo comprendido entre mayo y junio de 2019 y que se establezca la procedencia del abono en favor de la referida UTE de la cantidad de 76.783,05 euros, en concepto de importe resarcitorio.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 8 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 367/20

Excmo. Sr. Vicepresidente, Consejero de Deportes, Transparencia y Portavoz del Gobierno

C/ Pontejos nº 3 - 28012 Madrid