

Informe 18/2013, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Mecanismo jurídico adecuado para dejar sin efecto una modificación adoptada sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Presidenta en funciones de la Comarca del Jiloca, se dirige, con fecha 4 de junio de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

Primero.- Sobre las posibilidades de modificación de un contrato la Comarca del Jiloca ya solicitó en el pasado un informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 10/2012, de 11 de abril). Si en aquella ocasión la solicitud de consulta versaba sobre la posibilidad o no de tramitar una modificación del contrato, en esta ocasión la solicitud de consulta versará sobre el modo en que debe procederse cuando, respecto de una modificación, que tal vez pueda considerarse ya perfeccionada, se pueda entender que ésta, en realidad y si se diera el caso, podría constituir una nueva adjudicación.

Segundo.- La Comarca del Jiloca entiende oportuno ilustrar primero a la Junta Consultiva sobre los antecedentes de hecho que motivan la formulación de la consulta que versará, empero, sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, y que por ello encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Decreto 81/2006.

Tercero.- Con fecha 20 de septiembre de 2006, se formalizó el contrato de prestación del «servicio de recogida de residuos sólidos urbanos de la Comarca del Jiloca y transporte al Vertedero de Teruel», previamente adjudicado con fecha 9 de septiembre de 2006 con sujeción a las disposiciones del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Se acompaña a esta solicitud de informe la siguiente documentación: Pliego de Condiciones Administrativas y de Condiciones Técnicas del contrato (aprobados ambos el 6 de junio de 2006), documento de formalización del contrato (de fecha 20 de septiembre de 2006).

El objeto de ese contrato comprendía «la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos de la Comarca del Jiloca, en las condiciones determinadas en el Pliego de Condiciones Administrativas, en el Pliego de Condiciones Técnicas y en la oferta que resulte adjudicataria del contrato» (cláusula 6 del PCAP), comprendiendo las siguientes prestaciones: «recogida de

residuos sólidos urbanos» (cláusula 3.1 PPT), «recogida de voluminosos, muebles y enseres» (cláusula 3.2 PPT), «recogida selectiva de papel y cartón» (cláusula 3.3 PPT) y «recogida selectiva de envases» (cláusula 3.4 PPT).

Respecto de estas dos últimas prestaciones (recogida selectiva de papel y cartón, y de envases), aun cuando el Pliego de Prescripciones Técnicas las contempla como objeto del contrato de una forma genérica, señalando su definición, periodicidad y organización (Vid Cláusulas 3.3 y 3.4), lo cierto es que no aparecen descritos los concretos términos en los que tal prestación debía llevarse a cabo, en concreto, el precio pagadero por las mismas. El contrato formalizado con fecha 20 de septiembre de 2006 señala al efecto en su cláusula duodécima:

«DUODÉCIMA: Se determina la recogida de Papel-Cartón como se especificará en el anexo correspondiente. De igual manera la recogida de Envases Ligeros, ambos pasaran a formar parte del presente contrato».

Debe reseñarse además que las ofertas en su día por los licitadores no especificaban el precio pagadero por la prestación de los servicios de recogida selectiva de papel y cartón y de envases. Asimismo, la cláusula segunda del contrato hace referencia a la recogida de 380 contenedores, que lo eran de residuos sólidos (de color verde para orgánica), sin contemplar en el precio que se indica en esa misma cláusula la recogida de otro tipo de contenedores (azul para papel y cartón o amarillo para envases).

Respecto a la posibilidad de modificar el contrato, la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas dice:

«La Comarca del Jiloca podrá variar las prestaciones de los servicios adjudicados que conlleven a la modificación del contrato por razones de interés público, en las condiciones y supuestos que se señalan en los artículos 59, 101 y 163 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...».

Cuarto.- El contrato comenzó a ejecutarse en enero de 2006, facturándose entonces la recogida de residuos sólidos urbanos. Fue con posterioridad, a partir de noviembre de 2007, cuando el contratista comenzó a prestar y facturar (la primera factura es de 5 de diciembre de 2007) los servicios de recogida selectiva de papel y cartón y de envases, sin que conste en el expediente del contrato acuerdo alguno adoptado por el órgano de contratación sobre el precio por levantada de cada contenedor de dichos residuos (azules y amarillos) ni cuántos contenedores debían recogerse en cada municipio. El Anexo al que remite la cláusula duodécima del contrato no consta en el expediente, aunque la Comarca del Jiloca ha abonado hasta la fecha los importes facturados por el contratista.

Quinto.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 10/2012 advertía respecto de

otros extremos del mismo contrato que ahora tratamos que una «relación jurídica, en lo que excede del contrato original, carece de cobertura jurídica, en tanto equivale a una adjudicación directa acordada sin ningún tipo de procedimiento, por lo que podría estar afectada de un vicio de nulidad, pues se podría haber consumado, hasta la fecha de hoy, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido». La adición, con posterioridad a la adjudicación del contrato, de las prestaciones consistentes en la recogida selectiva de papel y cartón, y de envases, cierto que descritas en la documentación que sirvió para la adjudicación del contrato, pero cuyo verdadero alcance sólo se determinó tras la adjudicación (precio pagadero y localización concreta de los contenedores) podría ser asimilable a las circunstancias que en su día motivaron la petición del antecitado informe 10/2012 a la Junta Consultiva, y en consecuencia, aplicables las mismas consideraciones: «Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público.»

La adición de esas prestaciones al contrato original podría calificarse como una modificación del contrato, que formalmente no se tramitó como tal, pero de la cual resulta que:

a).- tras su modificación, el contrato resultante presenta características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, poniendo de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato. En concreto se introduce la regulación concreta de prestaciones genéricamente descritas en los Pliegos, de manera que sólo tras la modificación queda determinado el verdadero alcance de las mismas (precio pagadero por contenedor levantado y número de contenedores a levantar en cada localidad).

b).- se introducen condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, quizás habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. En concreto, es tras la adjudicación cuando se conoce el precio pagadero por esta prestación de recogida selectiva así como el número de recogidas y localización de las mismas. De haber sido conocidas estas condiciones en fase de licitación, podría ser que las ofertas presentadas hubieran sido distintas, incluso la del actual adjudicatario.

c).- se amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos, en el entendido de que, aun cuando los pliegos del contrato recogían en abstracto la prestación de recogida selectiva de papel y cartón y de envases, no estaba determinado su concreto alcance (precio y recogida individualizada por cada municipio).

d).- cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial, ya que supone adicionar al importe de adjudicación un 15,9 % adicional (en concepto de recogida de papel y cartón y de envases se abonan al contratista 1.881,93 euros mensuales (abril 2013), frente a los 11.829,49 euros que supone para la Comarca la recogida de los residuos orgánicos).

En tales circunstancias parece que la modificación operada sobre las condiciones originales de la licitación podría constituir, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 junio 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GMBH*, apartados 34, 35 a y 37), una «nueva adjudicación» para la que no se siguió el correspondiente procedimiento.

Sexto.- Sobre el abono hasta ahora de este tipo de prestaciones nada ha de objetar la Comarca, pues el contratista las ha realizado, y su no abono supondría un enriquecimiento injusto de la Comarca. Ahora bien, se suscita la duda de si se debe continuar con esta situación, habida cuenta de las dudas que plantean las circunstancias en las que se acordó la modificación del contrato, o bien lo correcto sería anular esa modificación para que no surta efectos *pro futuro* hasta la extinción del contrato (en diciembre de 2016).

SOLICITUD DE INFORME

Al margen de las circunstancias anteriores, que únicamente tenían por objeto poner en antecedentes a la Junta Consultiva, se solicita la emisión de informe sobre el modo en que debe proceder un órgano de contratación cuando tiene dudas y podría considerarse que una modificación ya perfeccionada de un contrato puede ser contraria a lo dispuesto por la normativa aplicable, por haber constituido una «nueva adjudicación» sin seguir el oportuno procedimiento.

Sin intención de prejuzgar la opinión al respecto de la Junta, y sólo para el caso de que se entienda que en el caso anterior sería preciso poner fin a los efectos de esa «nueva adjudicación», la solicitud de informe se extendería también al parecer de la Junta Consultiva sobre la posibilidad de utilizar la revisión de oficio, regulada en el art. 102 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), para anular esa modificación por entender que adolece de un vicio de pleno derecho como puede ser el haber sido tramitada «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» (art. 62.1.e LRJPAC), y tras ello, promover la concurrencia para la prestación de dichos servicios.

El escrito se acompaña de la siguiente documentación: Pliego de Condiciones Administrativas y de Condiciones Técnicas que rigieron la licitación, y documento de formalización del contrato (de fecha 20 de septiembre de 2006).

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de septiembre de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público.

No existe sin embargo impedimento alguno para que esta Junta Consultiva se pronuncie —con carácter general— acerca de los efectos de una supuesta modificación adoptada sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente, ya que ésta sí que es cuestión relativa a la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación pública, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del citado Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

No obstante, como ya se advirtió en el anterior Informe 10/2012, de 11 de abril, de este órgano, relativo al mismo contrato que ahora es objeto de nueva consulta: *«no corresponde a esta Junta Consultiva pronunciarse sobre las consecuencias de esta situación irregular, máxime cuando el expediente se encuentra en sede judicial (uno de los contenciosos, según se señala en el informe de la Secretaria de la Comarca, se plantea por la negativa de la entidad local al abono de 220.285,67 euros, mas intereses de demora, por*

contraprestación de servicios prestados desde 2007). Es en esta vía judicial en la que se resolverá la procedencia del abono de los servicios prestados sin contrato, y donde será determinante analizar si hay actos que evidencien no sólo la prestación de los servicios, sino el encargo dado por la Administración, ya que según la doctrina del enriquecimiento injusto (por todas la Sentencia del TS de 18 de julio de 2003): “el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tenga su origen en hechos, dimanantes de la Administración Pública, que hayan generado razonablemente en el particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”».

Por ello, el objeto de este informe nuevamente versará sobre aspectos teóricos relacionados exclusivamente con la cuestión solicitada, sin entrar a efectuar una valoración de la situación concreta planteada, ni, en concreto, si estaba o no incluido en el contrato el tratamiento diferenciado entre retirada de envases y de papel cartón junto al resto de los residuos sólidos urbanos.

La Sra. Presidenta en funciones de la Comarca de Jiloca, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Modificaciones sin procedimiento y modificaciones que implican nuevas adjudicaciones.

Este órgano consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones acerca del régimen jurídico de las modificaciones contractuales. Así, en Informe 3/2009, de 15 de abril, que versó sobre el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos adjudicados bajo la vigencia del TRLCAP; Informes 23 y 27/2011, de 12 de septiembre y 23 de noviembre respectivamente, y 4/2012, de 1 de febrero, respecto del régimen jurídico de los modificados aplicable a los contratos adjudicados conforme a la LCSP; en su versión anterior y posterior a la reforma operada por la Ley de Economía

Sostenible (en adelante LES); Informe 12/2012, de 23 de mayo, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del sector Público de Aragón.

En este informe, con independencia de cual sea el régimen jurídico aplicable al contrato, lo que se pretende analizar son las consecuencias jurídicas de una modificación del contrato acordada contraviniendo la legislación vigente, bien porque ha sido efectuada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, bien porque la entidad de la modificación perfeccionada excede de lo que la normativa vigente permite, de tal forma que podría considerarse una «*nueva adjudicación*».

Son dos cuestiones distintas que, además, pueden concurrir, como parece desprenderse en este caso según los antecedentes expuestos en la consulta.

En el primer supuesto se trataría de una actuación que se ha producido *de facto* —según se expone en el escrito de consulta se están prestando unos servicios y se está retribuyendo por ello—, sin existencia de procedimiento administrativo que avale dicha situación, pero que tiene apariencia de modificación contractual.

En el sistema tradicional de contratación pública, la modificación contractual ha sido considerada una prerrogativa de la Administración, que requiere la tramitación de un expediente administrativo, y cuya resolución pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutiva.

Es decir, en congruencia con el principio de prohibición de la contratación verbal recogido en la actualidad en el artículo 28 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), para que se perfeccione una modificación contractual es necesario, al margen de que se den los presupuestos sustantivos exigidos en cada caso por la normativa vigente, la

tramitación del procedimiento regulado, que incorpora una resolución del órgano de contratación aprobando el expediente y concluye con la formalización del contrato modificado por la Administración y el contratista (en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón se exige, además, la publicidad y la notificación a los interesados del acuerdo de modificación contractual dictado por el órgano de contratación, en aplicación del artículo 12 bis) de la Ley 3/2011, incorporado por la Ley 3/2012).

Así, el artículo 101 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) —normativa que rige el contrato objeto de consulta en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción— en relación con el artículo 54 TRLCAP, exigía que las modificaciones del contrato se formalizaran en documento administrativo, si bien no se puede olvidar que con arreglo a esa normativa la formalización tenía carácter meramente declarativo, perfeccionándose la modificación con el acuerdo del órgano de contratación.

En la actualidad, fruto de la modificación de la LCSP operada por Ley 34/2010, la formalización de los contratos ha pasado a ser un elemento constitutivo, produciéndose su perfección desde la formalización (artículo 27 TRLCSP). Al igual que el contrato se perfecciona con su formalización, la modificación también se perfecciona con ésta y, salvo en el supuesto del artículo 234.4 TRLCSP, no pueden comenzar a ejecutarse las nuevas prestaciones sin la formalización.

En el asunto sometido a informe, el órgano de contratación duda acerca de la existencia de la modificación contractual, por lo que se deduce que no consta formalizada en documento administrativo, previa tramitación del oportuno expediente. Por lo expuesto, lo primero que deberá comprobarse es la propia existencia de la modificación contractual, en función de que la documentación obrante en el expediente evidencie o no la voluntad de la Administración en este sentido, teniendo en cuenta que la cuestión aquí singular es que la supuesta orden o conformidad verbal de la Administración que ha podido

configurarse en una aparente modificación contractual, se produce en el seno de una relación contractual, en la fase de ejecución de un contrato en la que ya existe una relación contractual entre las partes.

En segundo término, una modificación sustancial adoptada contraviniendo lo dispuesto en la normativa aplicable puede ser considerada una «*nueva adjudicación*». Esta Junta ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores, teniendo siempre presente la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la naturaleza de las modificaciones contractuales como algo más que la simple ejecución del contrato, como «*un acto de ejecución vinculado al mantenimiento de las condiciones de la adjudicación inicial*». Así se argumentaba en el Informe 12/2012:

«...la Ley aragonesa ha pretendido consolidar el modelo estatal desde una perspectiva integral, al considerar, de forma acertada, que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad.

... cuando no concurren los presupuestos habilitantes, o se incumple el régimen que permite la modificación, nos encontramos ante un supuesto de adjudicación directa contraria al marco normativo vigente —STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH) — ante la que debería poder reaccionarse mediante los procedimientos de recurso en materia de contratación, con el fin de anular lo que no es sino una decisión ilegal de adjudicación de un contrato, ya que como puso de manifiesto la STJUE de de 19 de junio de 2003 (GAT), la Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos».

En efecto, la STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH) afirma que:

«Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, 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».

Así, para la jurisprudencia comunitaria, una modificación sustancial de un contrato que altere las condiciones esenciales de la licitación inicial constituye una nueva adjudicación, de modo que lo procedente será convocar un nuevo procedimiento de licitación sobre la parte afectada.

En este sentido también se pronuncia la STJUE de 13 de abril de 2010 (Asunto *Wall*), relativa a una concesión de servicios que, como el caso presente, no está sometido a las Directivas de contratación pública:

«En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adoptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada».

Una vez más, la propuesta de nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo —en este caso, la relativa a la adjudicación de contratos de concesión COM (2011) 897—, puede servir para ilustrarnos sobre la materia objeto del presente informe, dado que la propuesta no hace sino detallar lo que recoge la

jurisprudencia comunitaria en aplicación de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En esta ocasión, la citada propuesta sí incluye en su ámbito de aplicación algunas concesiones de servicios (las que superan determinado valor estimado). Además, recoge normas de ejecución de los contratos al aparecer expresamente regulada su modificación (artículo 42) —precisamente por su incidencia sobre la adjudicación de los contratos—, y su *rescisión* (artículo 43). También exige la publicidad de las modificaciones, reforzando en este punto la previsión de la normativa contractual aragonesa. La propuesta distingue entre modificación y modificación sustancial. Esta última alude a supuestos en los que la modificación pretendida es de tal magnitud que altera el carácter global del contrato original (que se está ejecutando) para dar lugar a uno distinto.

Así, según el artículo 42 de la propuesta de Directiva:

«Será considerada sustancial una modificación de las disposiciones de una concesión durante su periodo de vigencia, a tenor del apartado 1, cuando con ella la concesión sea sustancialmente diferente de la celebrada en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de los apartados 3 y 4, una modificación será considerada sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

(a) que la modificación imponga condiciones que, si hubiera figurado en el procedimiento original de adjudicación de la concesión, hubieran dado lugar a una selección distinta de solicitudes de participación, o hubieran dado lugar a la adjudicación de la concesión a otro candidato o licitador;

(b) que la modificación cambie el balance económico de la concesión a favor del concesionario;

(c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión, cubriendo suministros, servicios u obras no previstos originalmente».

De ahí que el artículo 42.1 señale que toda modificación sustancial «será considerada una nueva adjudicación y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación».

En coherencia, la propuesta de Directiva recoge entre los supuestos de rescisión del contrato *«que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación de conformidad con el artículo 42»*. Es decir, sitúa en el mismo nivel de sanción —con la rescisión contractual— el supuesto de que el contrato haya sido modificado sustancialmente, de tal forma que esa modificación suponga una nueva adjudicación (apartado (b) del artículo 43), que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del Tratado, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados, debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la Directiva (apartado (c) del artículo 43).

En estos casos, los poderes adjudicadores tendrán la facultad de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia, si bien la vía jurídica para hacer efectiva esa rescisión de la concesión la deja a la elección del legislador nacional.

Y precisamente, en el presente informe, lo que consulta el órgano de contratación es cómo se puede poner fin a la efectividad de la situación generada, que a su juicio pudiera constituir *«una nueva adjudicación para la que no se siguió el oportuno procedimiento»*.

III. Nulidad de las modificaciones contractuales.

Sin perjuicio del régimen de recursos establecido por la normativa vigente (recurso especial o recursos ordinarios, según los casos) como sistema primario de revisión de actos administrativos —y en este punto cabe recordar el Informe 12/2012, de 23 de mayo—, el TRLCSP dedica los artículos 31 y siguientes a regular el régimen de invalidez de los contratos cuando estos ya han sido perfeccionados, fuera de los plazos ordinarios de impugnación, cuando la actuación administrativa ha devenido firme.

De esta forma, el derecho administrativo ofrece un sistema dual de control de la actuación administrativa: los recursos administrativos y la revisión de oficio.

El TRLSCP dedica sus artículos 31 a 35 a regular el régimen de invalidez contractual.

El régimen de invalidez de los contratos administrativos se remite a la regulación general de invalidez de los actos administrativos prevista en la normativa reguladora del procedimiento administrativo, con la tradicional distinción entre actos nulos de pleno derecho y anulables.

A su vez, la modificación de la LCSP, operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, introdujo unos *supuestos especiales de nulidad* para los contratos cubiertos por las directivas comunitarias (artículo 37), a los que acompaña la regulación de un régimen peculiar de conservación de los efectos del contrato nulo (artículo 38).

Precisamente, una de las cuestiones debatidas doctrinalmente tras la reforma de la LCSP operada por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, fue si cabía interponer la cuestión especial de nulidad contractual contra una modificación ilegal que se hubiera adoptado sin la exigida publicidad, teniendo en cuenta que la modificación de un contrato puede suponer una nueva adjudicación.

En el primer supuesto analizado, en el que existe una aparente ausencia de procedimiento, estaríamos ante una modificación contractual nula de pleno derecho, en aplicación del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Lo mismo cabe decir del supuesto de que la modificación ilegal pudiera ser considerada una nueva adjudicación, incurriría en un supuesto de invalidez al haber sido dictado el acto de modificación con infracción del ordenamiento jurídico.

IV. La declaración de invalidez.

El principio de conservación de los actos determina que la nulidad deba declararse para que el acto deje de producir efectos, de tal forma que será necesario declarar formalmente la invalidez del acto para privarle así de su eficacia.

Por afectar al principio de seguridad jurídica, el ejercicio de la potestad de revisión de oficio tiene carácter restrictivo, *«no caben interpretaciones extensivas, pues la revisión de oficio integra el ejercicio de una potestad administrativa excepcional, que exige un cuidado extremo en su utilización»* (Dictámenes del Consejo de Estado 1.393/1998, de 9 de julio; 528/2005, de 11 de mayo).

En este punto, hay que matizar que de no existir acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico, sino una mera situación fáctica que se ha venido sucediendo en el tiempo y que se considera irregular, debería a la mayor brevedad ponerse fin, sin más efectos que la correspondiente retribución por los servicios prestados en aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto.

Si la modificación se ha perfeccionado, es firme en vía administrativa y, por lo tanto despliega sus efectos, deberá ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio o, de ser aplicable, de nulidad especial en materia contractual.

El artículo 35 TRLCSP establece que la declaración de nulidad produce una destrucción retroactiva de los efectos que se hubieren producido, de forma que todo vuelve a su estado anterior, como si el contrato no hubiera existido jamás, lo que en principio se consigue con la liquidación y la consiguiente restitución de todas las prestaciones que las partes hubieren realizado, o cuando esto sea imposible, de su valor. Además, dicho precepto, prevé que pese a la declaración de nulidad, el contrato pueda seguir produciendo efectos, si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público.

Cuando el acto nulo de pleno derecho es una modificación contractual perfeccionada sin seguir el oportuno procedimiento, será asimismo necesario proceder a declarar la invalidez del acto para que deje de producir efectos. Si bien, al no tratarse de un acto preparatorio del contrato, ni de la adjudicación en sí misma, no llevará aparejada la nulidad del mismo contrato, que continuará desplegando sus efectos como si la modificación nunca se hubiera producido, siempre que sea posible, debiendo optar por la resolución del contrato en otro caso, tal y como previene el artículo 223 g) TRLCSP.

III. CONCLUSIONES

I. Al igual que el contrato se perfecciona con su formalización, la modificación también se perfecciona con ésta y, salvo en el supuesto del artículo 234.4 TRLCSP, no pueden comenzar a ejecutarse nuevas prestaciones sin la formalización.

II. De no existir acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico, sino una mera situación fáctica que se ha venido sucediendo en el tiempo y que se considera irregular, debería a la mayor brevedad ponerse fin, sin más efectos que la correspondiente retribución por los servicios prestados en aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto.

Si la modificación se ha perfeccionado, es firme en vía administrativa y, por lo tanto despliega sus efectos, deberá ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio o, de ser aplicable, de nulidad especial en materia contractual.

III. Cuando el acto nulo de pleno derecho es una modificación contractual perfeccionada sin seguir el oportuno procedimiento, será necesario proceder a declarar la invalidez del acto para que deje de producir efectos. Si bien, al no tratarse de un acto preparatorio del contrato, ni de la adjudicación en sí misma,

no llevará aparejada la nulidad del mismo contrato, que continuará desplegando sus efectos como si la modificación nunca se hubiera producido, siempre que sea posible, debiendo optar por la resolución del contrato en otro caso, tal y como previene el artículo 223 g) TRLCSP.

Informe 18/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de septiembre de 2013.