

En Logroño, a 13 de octubre 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz; de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano y D<sup>a</sup> Ana Reboiro Martínez-Zaporta; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D<sup>a</sup> Ana Reboiro Martínez-Zaporta, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**53/22**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Logroño (a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública), en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio de los actos administrativos de contratación de la empresa E, S.A. para la prestación de los servicios múltiples del Teatro Bretón en los meses de septiembre y noviembre de 2020, por importe de 21.374,11 euros y 25.751,44 euros, respectivamente, IVA incluido en ambos casos.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

El Ayuntamiento de Logroño ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio, de cuyo expediente resultan los siguientes datos de interés:

**1.** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local (JGL) de fecha 13 de septiembre de 2017, se adjudicó a E., S.A. (en adelante, E.) el contrato para la prestación de los servicios múltiples del Teatro Bretón, durante el plazo comprendido entre el mes de octubre de 2017 y el de septiembre de 2019.

De dicho Acuerdo se desprende, así, que la duración de aquel contrato se extendía inicialmente hasta el mes de septiembre de 2019, si bien finalmente, como se reconoce en el expediente, se extendió hasta el día 9 de octubre de igual año.

**2.** Por Acuerdo de 10 de abril de 2019, la JGL del Ayuntamiento de Logroño aprobó el expediente de contratación encaminado a la adjudicación del contrato de prestación de servicios múltiples en el Teatro Bretón durante el periodo comprendido entre el día 10 de

octubre de 2019 y el 9 de octubre de 2022, con posibilidad de prórroga de un año, así como la apertura del procedimiento abierto de adjudicación, mediante tramitación ordinaria.

La publicación de la licitación en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Logroño, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se realizó el día 12 de abril de 2019, si bien no se presentó proposición alguna, por lo que la misma fue declarada desierta por Acuerdo de la JGL de 22 de mayo de 2019.

**3.-** El día 9 de octubre de 2019 (fecha de expiración del contrato adjudicado a E., S.A., citado en el apartado 1 anterior), la JGL del Ayuntamiento adoptó el Acuerdo de requerir a tal empresa a fin de que continuara prestando los servicios múltiples del Teatro Bretón en los términos previstos en aquel contrato, con carácter temporal hasta la formalización y puesta en marcha de un nuevo contrato y, en todo, caso, por un plazo no superior a 9 meses, aprobando igualmente un gasto por importe de 169.200 euros, IVA incluido, para cubrir el precio de los servicios del día 10 de octubre de 2019 al día 30 de junio de 2020.

**4.-** Con fecha 11 de marzo de 2020, la JGL del Ayuntamiento aprobó el expediente de contratación encaminado a la adjudicación del contrato de prestación de servicios múltiples del Teatro Bretón durante el periodo comprendido entre el mes de julio de 2020 y el de junio de 2023, con posibilidad de prórroga de un año, así como la apertura del procedimiento abierto de adjudicación, mediante tramitación ordinaria.

**5.-** En paralelo a la tramitación del antedicho expediente de contratación para la prestación de Servicios Múltiples en el Teatro Bretón, el Ayuntamiento tramitó el expediente de contratación de los espectáculos que compondrían la programación correspondiente al segundo semestre de 2020 en el Teatro Bretón, en este caso por el procedimiento negociado sin publicidad (art. 168-a) 2 LCSP'17).

Este último expediente finalizó mediante Acuerdo de la JGL, de 12 de agosto de 2020, por el que se adjudicó la contratación de tales espectáculos a concretas compañías, el cual vino seguido por el Acuerdo, de igual JGL, de 19 de agosto de 2020, por el que se aprobó el programa y calendario de actuaciones.

A pesar de que, en el calendario de actuaciones se contemplaban representaciones teatrales y pases cinematográficos a realizar en diversos días del mes de septiembre de 2020, la primera el día 3 de éste, al tiempo de aprobarse la contratación y programación de tales espectáculos el Ayuntamiento no tenía cubierta contractualmente la prestación de los servicios múltiples necesarios para llevarlas a efecto.

El contrato celebrado con E. en 2017, prolongado en virtud del Acuerdo de la JGL citado en el apartado 3 anterior, hasta el día 30 de junio de 2020, se hallaba finalizado desde tal mismo día.

Y, pese a que la tramitación del expediente de contratación seguido para la adjudicación de tales servicios durante el periodo julio 2020/junio 2023 se hallaba muy avanzada (en julio de 2022 la Mesa de Contratación había propuesto como adjudicataria a E.), lo cierto es que tal adjudicación no se había materializado todavía.

En este contexto, adquiere pleno sentido el escrito obrante en el expediente, fechado el día 20 de agosto de 2020 (no consta registro de entrada en el Ayuntamiento), por el que D.S.P.M., como apoderado de E. S.A, manifiesta ser conocedor de la finalización del contrato de prestación de servicios múltiples en el Teatro Bretón (en referencia al adjudicado en 2017, citado en el antecedente primero) y la conformidad a prestar tales servicios múltiples en los términos de aquel contrato hasta que quede adjudicado el nuevo, sin que pueda exceder tal prórroga del 1 de octubre de 2020.

Decimos que adquiere pleno sentido porque parece claro que tal propuesta se realizó a iniciativa o petición del Ayuntamiento, el cual, en cualquier caso, encomendó verbalmente a E. la prestación de tales servicios durante el mes de septiembre de 2020, de acuerdo a las condiciones económicas previstas en el contrato suscrito con la misma en 2017 (que, como hemos visto, continuó realizando, tras la expiración de su vigencia, hasta el día 30 de junio, fecha en la que expiró la prolongación del contrato impuesta por el Ayuntamiento).

Y tal empresa aceptó el encargo, prestando efectivamente tales servicios en el mes de septiembre.

Así se reconoce en el informe emitido conjuntamente por el Director del Teatro Bretón y la D.G responsable de cultura del Ayuntamiento de Logroño de 26 de abril de 2022, con la conformidad de los Servicios Jurídicos municipales, en el que expresamente se señala que E. prestó los repetidos servicios múltiples durante el mes de septiembre de 2020 atendiendo el concreto encargo realizado por la Jefatura Técnica y la Dirección del Teatro Bretón. En dicho informe se afirma que *“la empresa E. S.A. ha actuado de buena fe por orden de la Administración”*.

Por tal concepto, la empresa emitió a cargo de la Ayuntamiento la factura nº 3491335, de 23 de octubre de 2020, por importe de 21.374,11 euros (IVA incluido), lo que realizó de acuerdo con las condiciones económicas previstas en el contrato de 2017 ya citado, la que no fue satisfecha al contratista, por derivar de una contratación verbal, según se reconoce en el Acuerdo iniciador del procedimiento de revisión.

**6.-** El expediente de contratación de los servicios múltiples del Teatro Bretón, que, como hemos comentado, se tramitó para la adjudicación de éstos durante el periodo julio 2020/junio 2023, fue finalmente adjudicado a E., mediante Acuerdo adoptado por la JGL el 4 de septiembre de 2020.

En tal acuerdo se estableció como periodo de duración del contrato el comprendido entre octubre de 2020 y septiembre de 2023 (probablemente por cuanto la fecha de adjudicación se produjo dos meses después de la fecha prevista para el inicio del contrato.

La imputación del gasto por anualidades quedó fijada en el siguiente sentido:

<b>ANUALIDAD</b>	<b>TOTAL IVA incluido</b>
AÑO 2020 (octubre-noviembre 2020)	48.096,50 euros
AÑO 2021 (diciembre 2020-nov.2021)	288.579,00 euros
AÑO 2022 (diciembre 2021-nov. 2022)	288.579,00 euros
AÑO 2023 (diciembre 2022-nov. 2023)	240.482,50 euros
<b>TOTAL CONTRATO</b>	<b>865.737,00 euros</b>

7.- El contrato de prestación de los repetidos servicios fue suscrito por el Ayuntamiento y la adjudicataria el día 29 de septiembre de 2020 (en el caso de ésta) y el día 30 de igual mes (en el caso del Ayuntamiento, representado por su Alcalde).

De su clausulado, cabe destacar que la duración del contrato quedó fijada en tres años, contados a partir del Acta de inicio de la prestación de servicios (copia de la cual no obra en el expediente); y que se contempló como gasto máximo el previsto en el Acuerdo de Adjudicación, esto es, 865.737 euros.

A pesar de que el contrato no contemplaba la concreta imputación presupuestaria, por anualidades, de tal gasto máximo cabe inferir que coincidía con la prevista en el Acuerdo de adjudicación, de forma que el crédito presupuestario previsto para la cobertura de los servicios prestados en octubre y noviembre de 2020 ascendía a 48.096,50 euros.

De hecho, que éste era el concreto crédito para la financiación de tales servicios en 2020 se desprende inequívocamente del informe conjunto de la Dirección del Teatro Bretón y el Adjunto de la DG responsable de la Cultura, de 26 de abril de 2022, obrante en el expediente, en el que se reconoce que, en la adjudicación del contrato realizada en septiembre de 2020 se realizó una imputación total del gastos para los meses de octubre y noviembre de 2020 de 48.096,50 euros (estimada suficiente durante la tramitación correspondiente expediente de adjudicación del contrato y calculada según la previsión de programación que se tenía antes del inicio de la pandemia).

**8.-** No obstante, las previsiones presupuestarias anteriormente citadas para los meses de octubre y noviembre de 2020, finalmente la actividad en el Teatro se incrementó respecto de aquellas como consecuencia de reprogramarse determinadas funciones que habían sido canceladas durante la pandemia, de forma que el importe de los servicios complementarios igualmente fue superior al inicialmente previsto, alcanzando, de hecho, la cifra de 66.731,91 euros.

Así se reconoce igualmente en el antedicho informe de 26 de abril de 2020, en el que se señala que la factura girada por la contratista correspondiente a los servicios prestados en octubre de 2020 fue satisfecha el Ayuntamiento, no siéndolo, sin embargo, la factura correspondiente al mes de noviembre, nº 3508883, de 1 de diciembre de 2020, por importe de 25.751,44 euros, por existir un déficit de cobertura presupuestaria de 18.635,41 euros.

Se admite así, implícitamente, en tal informe, que el crédito existente al inicio del mes de noviembre para la financiación de los servicios múltiples ascendía a 7.116.03 euros, lo que supone que, una vez agotado el crédito disponible para su atención, lo que inexorablemente se produjo en el transcurso del mes de noviembre y probablemente dentro de su primera quincena, E. continuó prestando los servicios objeto de la contratación, lo que obviamente hizo con el conocimiento y consentimiento del Ayuntamiento.

Ni en este informe ni en ningún otro antecedente documental del expediente, se reconoce que el Ayuntamiento encargara expresamente al contratista continuar prestando los servicios pese a no existir crédito, modificando así el contrato en el sentido de ampliar los servicios inicialmente contratados, pero sus propios actos, al permitir que ésta continuara haciéndolo, evidencian que ésta era su voluntad.

**9.-** La factura correspondiente a los servicios prestados en noviembre de 2020 se intentó abonar con cargo al presupuesto de 2021 y fue objeto de reparo por la Intervención General del Ayuntamiento de Logroño (IGAL). La IGAL en informe de 6 de agosto de 2021 formula reparo suspensivo considerando que se trata de un supuesto de *“obligaciones comprometidas sin consignación presupuestaria o siendo ésta insuficiente”* y de *“prestaciones que excedan del objeto del contrato que las debiera amparar y para las que no se ha tramitado la correspondiente modificación contractual”*. El informe de reparo de la IGAL concluye que, si no se formula discrepancia, se deberá iniciar un expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito.

**10.-** De cuanto acaba de exponerse, puede concluirse que E. prestó servicios múltiples en el Teatro Bretón a lo largo del mes de septiembre y durante parte del mes de noviembre (en concreto a partir de la fecha de tal mes en que el importe de los servicios rebasó el crédito presupuestario previsto para el ejercicio 2020) incurriendo en vicios de legalidad que serán objeto de análisis en este dictamen.

## Segundo

1.- En el informe conjunto del Director del Teatro Bretón el Adjunto a la DG responsable de la Cultura y la Asesoría Jurídica de 26 de abril de 2022, además de detallarse las circunstancias que hemos expuesto, se concluye en la necesidad de *“incoar, a través de acuerdo de la JGL, procedimiento de revisión de actos nulos por obligaciones indebidamente adquiridas en la contratación de los servicios múltiples del Teatro Bretón de los Herreros durante los meses de septiembre y noviembre de 2020, por tratarse, en el primer caso, de una contratación verbal y de una obligación comprometida con una consignación presupuestaria insuficiente en el segundo. (...) Una vez declarada la misma en caso de proceder, se adoptará acuerdo de reconocimiento extrajudicial de crédito para reconocer las obligaciones que no fueron tramitadas conforme a derecho evitando así el enriquecimiento injusto de la Administración”*.

2.- Sobre la base de ese informe, la JGL, por Acuerdo de 18-05-2022, dispuso iniciar el procedimiento para la revisión de oficio *“de actos nulos de pleno derecho en la contratación de los servicios múltiples del Teatro Bretón en los meses de septiembre y noviembre de 2020”*.

En el cuerpo de tal Acuerdo, además de describir los antecedentes fácticos que hemos detallado, se hace referencia a los informes de la Sección de Gastos de la Intervención General, acreditativos de la existencia de crédito adecuado y suficiente para atender ambas facturas, indicando las concretas aplicaciones presupuestarias con cargo a las cuales se hará frente a las mismas, así como haber hecho las pertinentes retenciones de crédito.

Tales informes obran en el expediente y, efectivamente, confirman la existencia de crédito a tal efecto.

3.- El antedicho Acuerdo iniciador fue notificado a la empresa contratista, a la que se concedió un plazo de diez días para formular alegaciones, durante los cuales no evacuó el trámite conferido, según resulta del certificado emitido por la Secretaria General del Ayuntamiento el día 28 de septiembre de 2022, el cual fue remitido a este Consejo para su unión al expediente, atendiendo una previa petición al respecto, al no constar en éste el resultado del trámite de audiencia.

La documentación remitida para elaborar el presente dictamen tampoco incluía los expedientes completos de contratación de los servicios múltiples del Teatro Bretón, ni los pliegos que rigen cada uno de los tres contratos iniciados durante el periodo de referencia (contrato de 2017, contrato fallido de 2019, y contrato de 2020), si bien el Ayuntamiento remitió a este Consejo el contrato de 30 de septiembre de 2020 con sus pliegos.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida con fecha 3 de agosto de 2022, y registrado de entrada en este Consejo el 4 de agosto, el Excmo. Sr. Consejero de Servicios Sociales y Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Logroño sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 5 de agosto de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo**

1.- El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”*.

Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero art. 12.2.f).

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

En el presente caso, el Ayuntamiento de Logroño ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, *de actos nulos por obligaciones indebidamente adquiridas en la contratación de los servicios múltiples del Teatro Bretón de los Herreros durante los meses de septiembre y noviembre de 2020.*

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.

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 existencia, en este caso, de actos administrativos en virtud de los cuales la contratista prestó servicios múltiples en el Teatro Bretón a lo largo del mes de septiembre de 2020 y de noviembre de 2020.**

1.- De los antecedentes de hecho que se han expuesto, resulta que el Ayuntamiento de Logroño adjudicó a E., el día 13 de septiembre de 2017, un contrato para la prestación de los servicios múltiples del Teatro Bretón cuya duración se extendía hasta el mes de septiembre de 2019.

Finalizada la vigencia de aquel contrato, el Ayuntamiento requirió a la contratista a fin de que continuara prestando tales servicios hasta el mes de junio de 2020, lo que ésta aceptó y llevó a efecto.

Y dos meses después de la finalización de la prolongación de dicho contrato y, por tanto, ya sin efecto, el Ayuntamiento encomendó a dicha contratista, en este caso de forma verbal, la prestación de iguales servicios, en el Teatro Bretón, durante el mes de septiembre de 2020.

Este nuevo encargo o contratación se produjo, así, una vez se habían consumado los efectos jurídicos del contrato de 2017 y de la prolongación de éste, impuesta por el propio Ayuntamiento, que, como hemos indicado, finalizó el día 30 de junio de 2020, sobre la que no nos ha sido solicitado dictamen.

De hecho y aun cuando no consta la exacta fecha en que se produjo este nuevo encargo, parece claro hubo de ser posterior a la expiración del contrato prolongado, finalizada el día 30 de junio de 2020, pues la propia contratista, al aceptar prestar los servicios durante el mes de septiembre de 2020 (lo que efectuó mediante el escrito de 20 de agosto a que nos hemos referido en los antecedentes de la consulta) ya reconocía que aquel contrato de 2017 había finalizado.

**2.-** De iguales antecedentes se desprende que aquel mismo mes de septiembre de 2020, E. obtuvo la adjudicación del contrato de servicios múltiples del Teatro Bretón, para el periodo octubre 2020-2023.

Ya vigente este nuevo contrato, E. emitió una factura a cargo del Ayuntamiento, por concepto de los servicios prestados durante el mes de noviembre de 2020 para cuya atención no existía crédito presupuestario suficiente.

Aunque no disponemos de datos relativos a la manera concreta en que se organizaba y disponía la ejecución de los servicios contratados, cabalmente cabe suponer que la Administración comunicaba a la contratista las concretas necesidades de atención de tales servicios a la vista de las actuaciones programadas en el Teatro Bretón y ésta las realizaba.

En cualquier caso, constituye un hecho reconocido por el Ayuntamiento de Logroño que, como consecuencia de haberse reprogramado diversas actuaciones suspendidas por la COVID, los servicios múltiples en el Teatro Bretón fueron más amplios que los previstos al tiempo de la adjudicación y contratación, lo que conllevó que su precio no quedara cubierto por el crédito presupuestario asignado, para tales servicios, en el ejercicio 2020.

Y también constituye un hecho incontrovertido que el Ayuntamiento no siguió el procedimiento previsto para la modificación del contrato a fin de cubrir los servicios múltiples adicionales que exigiría, inexorablemente, el incremento de actuaciones derivado de la reprogramación de las que fueron suspendidas en el contexto del COVID., aunque el PCAP del contrato contemplaba la posibilidad de hacerlo, en su anexo I, en el siguiente

sentido: “...para posibles ampliaciones de los servicios contemplados en el contrato y en las mismas condiciones previstas, hasta un porcentaje que no excederá del 10%; ... La modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato”.

En esta tesitura, cabe considerar y ha de analizarse si la prestación de aquellos servicios múltiples, durante el mes de noviembre de 2020, no cubiertos por el crédito asignado, se derivó de una contratación verbal nueva y distinta a la que, entonces, unía a las partes, o si, por el contrario, se derivó de una modificación verbal de este contrato, realizada por el Ayuntamiento, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento previsto al efecto y careciendo, además, de cobertura presupuestaria.

**3.-** Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, en todo caso resulta patente que los servicios prestados por E. en el Teatro Bretón, tanto en septiembre como en noviembre de 2020, se realizaron con el conocimiento y consentimiento del Ayuntamiento y por expreso encargo de éste.

El encargo de los servicios realizados en septiembre no consta por escrito, pero aparece reconocido en el informe de 26 de abril de 2022 obrante en el expediente, en el que igualmente consta la aceptación de EULE.

Y el encargo de los servicios prestados en noviembre, una vez rebasado el crédito presupuestario anual asignado, igualmente hubo de realizarse, pues, en otro caso, no resultaría comprensible que la contratista cumpliera tal prestación.

Por tanto, en la fundamentación que sigue nos referiremos a los “encargos” de septiembre y noviembre de 2020, para no prejuzgar su naturaleza.

**4.- El “encargo” de septiembre de 2020,** nos parece incuestionable que ha de calificarse como un **acto administrativo de adjudicación de un contrato igualmente administrativo.**

Y ello es así, por graves que sean los vicios que aquejen a dicho acto -lo anticipamos ya-, y por mucho que se exteriorizaran o manifestaran de manera verbal y no escrita.

En efecto, 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, no nos cabe duda en cuanto a que dicho encargo verbal dirigido por el Ayuntamiento, en septiembre de 2020, a la mercantil E., constituyó un acto administrativo adjudicatorio de un contrato administrativo, esto es, una 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 del contrato que nos ocupa 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.

En definitiva, aquel encargo verbal merece ser calificado como 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.

De hecho, aunque de forma ordinaria, “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 acarree para la prueba de la propia existencia y contenido de ese acto; pero, esto dicho, lo cierto es que 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).

De todo lo anterior, resulta que, en este caso, el Ayuntamiento de Logroño dictó un acuerdo verbal de adjudicación contractual, 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.

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'17 identifica, como susceptibles de revisión de oficio, “*los actos preparatorios y... los actos de adjudicación de los contratos*”.

**5.- El “encargo” de noviembre de 2020**, como hemos adelantado en el apartado anterior, podría calificarse como un acto de adjudicación verbal de una contratación nueva; o como un acto de modificación del contrato que entonces vinculaba a las partes, consistente en la ampliación de los servicios inicialmente previstos y contratados.

Pues bien, a nuestro juicio debe descartarse la primera hipótesis básicamente por cuanto los servicios objeto de tal “encargo” se prestaron bajo la vigencia de un contrato que tenía por objeto la prestación de idénticos servicios y contemplaba la posibilidad de su

modificación, en el sentido de ampliar los mismos, en el caso de que se incrementase la actividad, que fue exactamente lo que aconteció en el presente supuesto.

Tratándose, así, de unos servicios idénticos a los que la contratista venía obligada a prestar en ejecución del contrato concertado con el Ayuntamiento, que además fueron facturados de acuerdo con los precios unitarios previstos en tal contrato, no parece razonable calificar este “encargo” como un contrato verbal distinto a aquél.

La segunda hipótesis, consistente en considerar tal “encargo” como un acto de modificación del contrato que vinculaba a ambas partes, por el que, en definitiva, se ampliaron de los servicios inicialmente previstos, parece, a nuestro entender, la opción correcta, básicamente a la vista de las manifestaciones realizadas en el informe de 26 de abril de 2021, emitido conjuntamente por el Director del Teatro y el Adjunto a la DG responsable de Cultura y partiendo de la premisa de que el anexo I del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicio objeto de estudio prevé la posible modificación del mismo *“para posibles ampliaciones de los servicios contemplados en el contrato ... que no excederá del 10% ... La modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato”*.

Y tal modificación, **igualmente constituyó un auténtico acto administrativo**, en virtud del cual el Ayuntamiento amplió los servicios inicialmente contratados, debidamente cubiertos presupuestariamente, ante el incremento de la actividad en el Teatro Bretón, producida en este caso de forma sobrevenida tras la adjudicación y formalización del contrato, encomendando a la contratista su ejecución de acuerdo con los precios unitarios previstos en éste.

Y ello es así, al igual que hemos indicado en relación con el acto adjudicatorio dictado en septiembre de 2020, por más graves que fueran los vicios de que adoleciera tal acto modificativo y sin perjuicio de que el mismo se exteriorizara de manera verbal y no escrita.

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 ya citado, 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, 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

#### **Vías procedimentales para abordar los vicios de que adolecen los actos administrativos nulos en el ámbito de la contratación administrativa.**

Nuestro derecho positivo ha diseñado un cauce específico para subvenir a las consecuencias generadas por la nulidad de los actos dictados en el ámbito de la contratación, a través de la revisión de oficio del artículo 106 LPAC, con las consecuencias derivadas de las previsiones del 42 LCSP'17.

No obstante, hay otras instituciones, figuras o procedimientos diferentes, que se abren ante supuestos de irregularidad en la contratación y deben analizarse mínimamente, como lo son:

**1.-** El instituto de la *responsabilidad patrimonial* de la Administración, al respecto del cual, el Consejo de Estado estableció en su Dictamen de 21 de diciembre de 2011 del Consejo de Estado (exp. núm. 1724/2011), analizando el art. 35 LCSP'07 (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público), antecedente normativo inmediato del vigente art. 42 LCSP'17, lo siguiente:

*“Pues bien, por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos 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 (LCSP'07), se ha instituido una vía, precisa y adecuada, para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado art. 35.1 LCSP'07, 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 art. 35 LCSP'07, 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 art. 35.1 LCSP'07 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 art. 35 LCSP'07 regula para cuando se produzca tal nulidad”.*

Más recientemente, en el Dictamen 706/2021, tal Consejo señala:

*“Ha de recordarse al efecto que esa responsabilidad patrimonial de la Administración es, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Consejo de Estado, "una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquellos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible" (entre otros, dictámenes de los expedientes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, y 456/2012, de 10 de mayo). En otros términos, "la figura de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado estima que si la petición de indemnización se basare en un título más específico, como puede ser el que se derive de la condición del reclamante, o el supuesto de hecho causante se inserta en una relación jurídica previamente constituida que dispone de vías específicas de resarcimiento, procederá su aplicación prevalente con exclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración" (dictamen del expediente número 390/2017, de 6 de julio)”.*

**2.- La responsabilidad contractual**, acción que podrá ejercitarse cuando haya un contrato que sirva de título jurídico, y concurren vicios que no lleven aparejada la nulidad completa del mismo.

**3.- El enriquecimiento injusto**, como un instituto que puede operar como una acción judicial, o como fundamento jurídico de otras vías. Como acción de enriquecimiento injusto, el Consejo de Estado lo califica de *“ultima ratio”*. No faltan ejemplos en la jurisprudencia que atestiguan del éxito de este tipo de demandas. Siempre que concurren los requisitos clásicos: a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, siempre que no provenga del comportamiento de quien lo sufre, c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, y d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

**4.-** Los procedimientos previstos para los casos de *“omisión de la función interventora”* y de resolución de *“discrepancias”* regulados, respectivamente, por los arts. 214 a 218 LHL'04 y por los arts. 15 y 16, y 32 RD 2188/1995, de 28 de diciembre, por el

que se desarrolla el régimen de control interno de la Intervención General del Estado (IGAE), serían otra vía para casos en los que se ponga en duda la causa de nulidad.

Con arreglo a estos preceptos, tales procedimientos tienen su sentido y funcionalidad en los supuestos en que, siendo preceptiva la función interventora, ésta hubiera sido omitida, o cuando el Interventor manifestara, mediante la formulación del oportuno *reparo*, su desacuerdo con el fondo o la forma de un determinado expediente de gasto.

En tal caso, con su resolución, el órgano superior (arts. 16.3, 16.4, 32.3 y 32.4 RD 2188/1995, y art. 217 LHL´04) suple la omisión o falta de la función interventora, o resuelve la discrepancia planteada por la Intervención, salvo, obviamente, cuando el reparo se refiera a un vicio que no puede ser subsanado por medio de tales procedimientos, como es el caso de los actos que implican nulidad de pleno Derecho.

**5.-** Por último, el procedimiento de *reconocimiento extrajudicial de crédito*, que, en ocasiones, en la práctica administrativa, ha permitido amparar obligaciones carentes de consignación presupuestaria, entre otros, en supuestos de contratación irregular.

Dicho procedimiento se regula por el art. 60.2 del RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolló el Capítulo primero del Título Sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos. A tenor de este precepto, *“corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera”*.

Por lo demás, es necesario advertir que una utilización indiscriminada del procedimiento previsto por el art. 60.2 RD 500/1990 podría, de alguna forma, desincentivar una correcta tramitación de los expedientes de contratación pública, efecto que, naturalmente, es el contrario al que ha de perseguirse.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Ayuntamiento, con cita del Informe del Tribunal de Cuentas 1415 de 22 de diciembre de 2020 (en el que se hizo un control de la contratación de dicho Ayuntamiento de Logroño), propone la declaración de nulidad como paso previo al reconocimiento extrajudicial de créditos.

#### **Cuarto**

#### **Sobre la nulidad del acto adjudicatorio dictado verbalmente en septiembre de 2020**

En base a la fundamentación que a continuación se expone, hemos concluido que la contratación verbal correspondiente a los servicios prestados en septiembre de 2020 es nula de pleno derecho.

### **1.- Legislación aplicable al contrato.**

De los Antecedentes de Hecho expuestos resulta que tal contratación verbal se produjo entre el día 20 de agosto y el 1 de septiembre de 2020, por lo que la legislación aplicable al contrato celebrado verbalmente es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP'17).

### **2.- Causas de nulidad de pleno Derecho de los contratos administrativos en la LCSP'17.**

En relación con las causas de invalidez de los contratos administrativos, la LCSP'17 establece, en su art. 38.b), que *“los contratos celebrados por los poderes adjudicadores..., serán inválidos: b) cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”*.

A su vez, el art. 39 LCSP'17, al tasar las *“causas de nulidad de Derecho administrativo”*, principia con una remisión, genérica o en bloque, a *“las indicadas en el art. 47 LPAC'15.”* (art. 39.1 LCSP'17).

Es lógico que sea así, pues, si la invalidez de un contrato administrativo es la consecuencia necesaria de la invalidez de los *actos administrativos preparatorios o del procedimiento de adjudicación* (art. 38.b) LCSP'17); y, si tales actos son actos administrativos; la concurrencia en éstos de un vicio de nulidad de los tipificados genéricamente por el art. 47 LPAC'15, conllevará también, inevitablemente, la del contrato mismo, tal como expresa el ya citado art. 39.1 LCSP'17.

### **3.- La concurrencia de una causa de nulidad en este caso.**

Sin necesidad de analizar la posible presencia, en este caso, de otras causas de nulidad específicas, como las enumeradas por el art. 39.2 LCSP'17, lo cierto es: **i)** Que el acto de adjudicación dictado verbalmente por el Ayuntamiento no vino precedido del oportuno procedimiento de adjudicación y, por tanto, el Ayuntamiento prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y **ii)** que tal vicio entraña la nulidad del acto de adjudicación, conforme al art. 47.1.e) LPAC'15, pues éste fue dictado sin el respaldo de un procedimiento de adjudicación y yendo más allá, sin la tramitación y aprobación de un previo expediente de contratación (arts. 116 y 117 LCSP'17).

Cabe recordar, en este sentido, que la reforzada formalidad en el ámbito de la contratación pública, lejos de ser algo ritual y de escasa transcendencia, responde a la necesidad de proteger y garantizar principios básicos de la actuación administrativa, como la igualdad y la transparencia, de singular importancia en este sector.

## Quinto

### Consecuencias de la nulidad de la adjudicación de tal contrato.

1.- 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.

2.- 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”*.

3.- 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 de servicios, o de concesión de servicios- 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, 13-02-2002 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.

4.- Como hemos señalado con anterioridad, los arts. 36.1, 37.1, 37.2 y 153 LCSP'17 establecen que, como regla general, los contratos administrativos *“se perfeccionan por su formalización”*, que deberá ser escrita y no verbal.

Esto supone que, en rigor, el Ayuntamiento y la mercantil ni siquiera llegaron a perfeccionar válidamente el contrato, prescindiendo incluso de ese elemental corolario del contrato, aunque no se puede dudar de la existencia de una contratación verbal. Sea como fuere, ello no debe ser obstáculo a la aplicación de las consecuencias indemnizatorias previstas por el art. 42.1 LCSP'17, pues lo cierto es que, formalizado o no, entre las partes mediaba un *concierto de voluntades*, y, en ejecución de ese concierto, la mercantil realizó prestaciones que ahora no pueden serle restituidas *in natura*, lo que generaría en favor del Ayuntamiento una atribución patrimonial no justificada, que debe evitarse.

5.- En este caso, es indiscutible que los servicios se han prestado, y que, por su propia naturaleza, son irrestituibles *in natura*, pues no pueden devolverse a la mercantil que los ha ejecutado.

Así las cosas, el importe de la indemnización que debe percibir la empresa ha de ascender a 21.374'11 euros, importe de la factura correspondiente a los servicios del mes de septiembre de 2020.

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 equivalente al precio que *esos mismos servicios* tenían, *según las mismas partes* y conforme a un *contrato vigente en un periodo inmediatamente anterior* (en el caso de la factura expedida por los servicios prestados en septiembre de 2020.

-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.

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 esos mismos servicios, 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 prestado servicios

para la Administración 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.

Por último, debe dejarse constancia de que no se ha planteado objeción alguna en relación con la correcta ejecución de los servicios por parte de la mercantil interesada, ni respecto al valor facturado por los mismos.

## **Sexto**

### **Sobre la nulidad del acto de modificación contractual dictado en noviembre de 2020.**

En base a la fundamentación que a continuación se expone, igualmente hemos concluido que la modificación verbal del contrato concertado en septiembre de 2022, realizada por el Ayuntamiento en noviembre de 2020, es nula de pleno derecho.

#### **1.- Legislación aplicable al contrato.**

De los Antecedentes de Hecho expuestos resulta que la modificación del contrato suscrito por el Ayuntamiento y E. en septiembre de 2020 se produjo en noviembre de 2020 o incluso en el mes de octubre de igual año, una vez se hizo evidente que el crédito anual consignado para tal ejercicio era insuficiente para hacer frente a los servicios precisos para desarrollar las actuaciones programadas en el Teatro Bretón hasta el día 1 de diciembre de tal año.

Siendo ello así, la legislación aplicable al contrato celebrado verbalmente es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP'17).

#### **2.- La concurrencia de una causa de nulidad en este caso.**

Como se desprende del expediente, la modificación contractual realizada por el Ayuntamiento en noviembre de 2020, pese a resultar factible de acuerdo a las previsiones del PCAP del contrato, no vino precedida del procedimiento previsto en el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al que se remite el Anexo I de las del PCAP; precepto que establece: *“Cuando sea necesario introducir*

*alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.*

Huelga señalar que, en el presente caso, ni el Ayuntamiento redactó una propuesta de modificación en los términos previstos en dicho artículo, ni dio audiencia al contratista, ni fiscalizó el gasto correspondiente.

Tampoco se dio cumplimiento a las previsiones de la cláusula 11ª del propio PCAP, que exigía la formalización documental de la modificación; el ajuste, en su caso, de la garantía definitiva; y la publicación de la modificación en el Perfil del Contratante.

En definitiva, el Ayuntamiento prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que supone que la repetida modificación se halla viciada de nulidad de pleno derecho, conforme al art. 47.1.e) LPAC'15.

## **Séptimo**

### **Consecuencias de la nulidad de la modificación contractual**

A diferencia de lo que acontece en el caso de la adjudicación verbal analizada anteriormente, en este caso la nulidad de la modificación del contrato suscrito por las partes en septiembre de 2020, dispuesta (o impuesta) por el Ayuntamiento en el mes de noviembre de 2020, 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, consistente en la ampliación de los servicios inicialmente contratados en orden a asegurar el desarrollo de las actuaciones reprogramadas en el Teatro Bretón; ii) Que prestó efectivamente la totalidad de los servicios que le fueron encomendados sin que conste reparo alguno acerca del modo en lo hizo; iii). Que emitió la factura correspondiente a los realizados en el mes de noviembre de 2020 con sujeción a los precios unitarios establecidos en el contrato, pues así se admite por el Ayuntamiento en expediente; y iv) Que no ha percibido el importe de esta factura por un solo motivo -la insuficiencia del crédito anual consignado- del que sólo es 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 tal factura, cuyo importe no ha sido objeto de discusión por los órganos intervinientes en el procedimiento.

En particular, no concurren en el presente caso las circunstancias que en otros supuestos pueden llevar a detraer de los importes debidos el beneficio industrial que el contratista esperaba obtener (o su cálculo aproximado del 10 % de las facturas pendientes de abono), fundamentalmente porque los servicios cuyo pago se pretende responden a la ejecución normal del contrato.

A dicha cantidad deberán añadirse los correspondientes intereses de demora, para cuyo cómputo, ha de estarse a lo previsto en el artículo 198.4 LCSP'17 y lo dispuesto en el PCAP que rige el contrato. En este caso, en igual sentido que el previsto en el antedicho precepto, la cláusula 13ª.2 dispone lo siguiente: *“La demora en el pago comportará el abono, a partir del vencimiento de los plazos anteriores, de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro, en los términos previstos en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”*.

Así pues, en el presente caso el período de cálculo de los intereses de demora será, el comprendido entre desde la fecha en la que se cumplió el plazo de treinta días para abonarlas, contado a partir de los 30 días de la fecha de prestación del servicio, hasta la fecha en que se ponga fin al presente procedimiento.

## **Octavo**

### **Cuestiones de competencia y procedimiento de la revisión de oficio y la liquidación del contrato.**

#### **1.- La competencia para dictar el acuerdo de revisión de oficio.**

Al Ayuntamiento de Logroño le resulta de aplicación el régimen organizativo de los municipios de gran población previsto por el Título X, arts. 121 y ss LBRL'85 (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del régimen local). En particular, Logroño tiene tal condición jurídica al amparo de lo dispuesto por el art. 121.1.c) y 121.2 LBRL, y por virtud de la Ley autonómica riojana 1/2004, de 16 de febrero, para la aplicación al municipio de Logroño del régimen de organización de los municipios de gran población.

En estos municipios, las Juntas de Gobierno Local (JGL) ostentan, además de las competencias identificadas por el art. 127 LBRL, *“las demás que les correspondan de acuerdo con las disposiciones legales vigentes”* (art. 127.1-n LBRL); cláusula residual que ha de ponerse en conexión con la DA. 2ª.4 LCSP'17, según la cual, en los municipios de gran población, *“las competencias del órgano de contratación que se describen en los*

*apartados anteriores se ejercerán por la JGL, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales*". En particular, la JGL tiene la condición de "órgano de contratación" (DA.2ª.1 LCSP '17).

En definitiva, en el Ayuntamiento de Logroño, las *competencias en materia de contratación*, y muy en particular, la condición de *órgano de contratación*, corresponden a su JGL, salvo lo dispuesto por el último inciso de la DA 2.4ª LCSP'17, que no resulta relevante para nuestro análisis.

Estas competencias son de titularidad propia, no delegadas por otro órgano municipal.

## **2.- La competencia para liquidar el contrato adjudicado verbalmente.**

En el caso que nos ocupa, como de seguido vamos a ver, la titularidad de la *competencia para contratar* supone que la JGL ostenta también *competencia para revisar de oficio* el acto de adjudicación, y *competencia para liquidar* el contrato.

En efecto, si, como hemos visto, la JGL tiene las competencias propias de un órgano de contratación y, entre ellas, la de dictar el acto de adjudicación de un contrato, le corresponde también la *competencia para revisar de oficio* ese acto. Así lo establece el art. 127.1-k LBRL, que confía a la JGL "*las facultades de revisión de oficio de sus propios actos*".

## **3.- Aspectos relativos al procedimiento de revisión.**

Como se ha señalado, el art. 42.1 LCSP'17 dispone que "*la declaración de nulidad ... de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*", con la consecuencia de que las partes deberán "*restituirse... 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*".

Esto supone, en principio, que el procedimiento de revisión de oficio y la consiguiente declaración de nulidad del acto adjudicatorio deben ser anteriores al expediente que haya de abrirse para la liquidación del contrato y la fijación de la posible indemnización; toda vez que aquella declaración de nulidad opera como presupuesto, o antecedente lógico, de la liquidación contractual y de la determinación de la indemnización.

No obstante, si esto es así, también es cierto que, como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen de 21 de diciembre de 2011): "*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 art. 35.1 de la Ley de Contratos [ hoy, art. 42.1 LCSP'17] (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**".*

Pues bien, en el concreto caso aquí analizado, al Ayuntamiento de Logroño le asisten indudables razones de economía procesal para tramitar y resolver simultáneamente la revisión de oficio y la fijación de la indemnización, dado que:

-La competencia para pronunciarse sobre ambos extremos corresponde al mismo órgano administrativo, la JGL, según hemos visto.

-Al expediente revisor se han incorporado los antecedentes necesarios para que el órgano competente pueda pronunciarse sobre la procedencia y el importe de la indemnización, pues: i) En el mismo constan las facturas giradas por la empresa, la que, con su remisión al Ayuntamiento, evidenció su voluntad de percibir su importe; y ii) El informe conjunto de la Dirección del Teatro Bretón y el Adjunto de la DG responsable de la Cultura, de 26 de abril de 2022, con la conformidad de Asesoría Jurídica, reconoce que la empresa interesada prestó los servicios "en las mismas condiciones, técnicas y económicas que las previstas en los contratos de acuerdo a los cuales se pactó" y que corresponde el abono de ambas facturas.

**4.-** Hay algún ejemplo de declaraciones de nulidad sin pronunciamiento sobre la compensación correspondiente. Así puede verse el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1555/2021 de 21 de diciembre, en el que se trata de si el resarcimiento derivado de un contrato previamente declarado nulo debe hacerse como responsabilidad patrimonial, o como responsabilidad contractual.

Y es que las diferencias entre las posibles vías de solución de los supuestos de contratación irregular tienen también diferentes consecuencias jurídicas, como se apuntó más arriba. En el presente caso, el parecer de este Consejo es que el importe de la factura emitida y no pagada cumple con las funciones indemnizatorias derivadas de la declaración de nulidad. También partimos de que el Ayuntamiento adoptará ambas resoluciones en unidad de acto, declarando la nulidad y fijando la indemnización correspondiente.

Por tanto, no parece que se deba hacer ningún ulterior reconocimiento extrajudicial de créditos, como sugiere la lectura de los informes de la IGAL y del Director del Teatro (26 de abril de 2022).

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

El Ayuntamiento de Logroño, al encargar verbalmente a E. la prestación de los servicios múltiples del Teatro Bretón durante el mes de septiembre de 2020 dictó un acto de adjudicación contractual nulo de pleno Derecho [art. 47.1 e) LPAC'15], cuya nulidad conlleva también la del contrato mismo.

### **Segunda**

La consecuencia de esa nulidad debe ser la liquidación del tal contrato 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 21.374'11 euros (IVA incluido).

### **Tercera**

El Ayuntamiento de Logroño, al encomendar verbalmente a E., en noviembre de 2020, ampliar los servicios inicialmente previstos en el contrato de prestación de servicios múltiples en el Teatro Breton formalizado el 30 de septiembre de 2020, dictó un acto de modificación contractual nulo de pleno Derecho [art. 47.1 e) LPAC'15].

### **Cuarta**

No obstante, la nulidad de esta modificación y como quiera que E. realizó los servicios a que ésta se refería, de acuerdo con los precios unitarios previstos en el contrato y a satisfacción del Ayuntamiento, éste ha de abonarle el importe de la factura emitida por tal concepto, nº 3508883, de 1 de diciembre de 2020, por importe de 25.751,44 euros, así como los intereses de demora al tipo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/204, en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Sexto.

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