

En Logroño, a 6 de octubre de 2023, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz; y de los Consejeros D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a. Amelia Pascual Medrano, D^a. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a. M^a. Belén Revilla Grande; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D^a. Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

57/23

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Logroño, a través de la Consejería de Política Local, Infraestructuras y Lucha contra la Despoblación, en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho por obligaciones indebidamente adquiridas en la contratación de los servicios de sonorización e iluminación de los conciertos de Parrilla Rock San Mateo 2022, con J.T.P.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

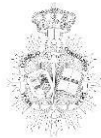
Primero

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

1. El Ayuntamiento de Logroño, el día 30 de agosto de 2022, cursó un correo electrónico a dos empresas y un particular, presuntamente capacitadas para la prestación del servicio que se demandaba conforme al Pliego de Prescripciones técnicas (PPT) que se adjuntaba de fecha 29 de agosto de 2022.

El plazo para presentar ofertas finaba el día 5 de septiembre a las 14 horas.

2. En el PPT, que se ha adjuntado al expediente, se definía el objeto del contrato como la prestación de servicios de sonorización de tres conciertos que tendrían lugar en las fiestas de San Mateo 2022 (17, 18 y 19 de septiembre). No obstante, cuando describe los servicios requeridos se incluye además de la sonorización, el de su iluminación.



3. El precio máximo del contrato se fija en 6.000 euros, más IVA del 21% (1.260 euros), lo que importan un total de 7.260 euros (contrato menor).

4. Según señala el informe de adjudicación, firmado el 8 de septiembre de 2022, por el responsable de Cultura Joven, se presentaron dos ofertas (que constan en el expediente) en el importe que se indica:

-S. por un importe de 6.906,10 euros.

-J.T.P. por un importe de 5.626,50 euros.

De modo que siendo el único criterio para la adjudicación de este contrato el de su importe económico, se propone su adjudicación a J.T.P., por un importe de **5.626,50 euros** (4.650+21% IVA 976,50).

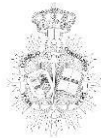
5. Con fecha 31 de mayo de 2023, el Adjunto Responsable de Educación, Juventud e Infancia, con el conforme de la Asesoría Jurídica, emite un informe para la *Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho por obligaciones indebidamente adquiridas en la contratación de los servicios de sonorización e iluminación de los conciertos Parrilla Rock San Mateo 2022*, cuyos servicios fueron prestados y facturados por J.T.P., habiendo emitido la factura número 22142, de fecha 30 de noviembre de 2022, por importe de 5.626,50 euros, IVA incluido, que se adjunta al expediente.

En su informe se hace constar que los citados servicios fueron prestados por J.T.P. atendiendo a la petición de la Responsable de Cultura Joven, *“para poder llevar a cabo la sonorización e iluminación de los conciertos del Parrilla Rock San Mateo 2022, que tuvieron lugar entre el 17 y 19 de septiembre de 2022”*, asimismo indica que:

“Previamente a la adopción de la citada Resolución, una vez conocidos los grupos musicales que iban a intervenir y por lo tanto las necesidades de luz y sonido de cada uno de ellos, y teniendo en cuenta el importe del servicio se procedió a redactar unas prescripciones técnicas y a solicitar ofertas a tres empresas del sector, de las cuales contestaron dos. Como el único criterio era el precio se redactó informe proponiendo la adjudicación a la empresa más económica y a continuación se tramitó el expediente como contrato menor a través de la Dirección General de Contratación.

No obstante, el expediente no se tramitó al considerarse que dado que el servicio de sonorización de los conciertos del Parrilla ya se había realizado el año anterior como contrato menor no era ajustado a derecho, repetir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación. la contratación de necesidades periódicas mediante contrato menor incurre en un uso fraudulento de este procedimiento”.

Dado lo anterior, y con el fin de que los eventos programados no tuvieran que suspenderse, reconoce expresamente que:



“...verbalmente se contactó con la empresa que había presentado la oferta más económica J.T.P. para que efectuara la sonorización e iluminación de los conciertos”.

Se hacen constar, además, los siguientes aspectos:

“-Los servicios se realizaron correctamente y los conciertos programados pudieron realizarse sin ningún problema.

-La empresa J.T.P. (N.I.F.: XXXXXXXXX), ha actuado de buena fe por orden de la Administración.

-Corresponde el abono de la citada factura”.

Teniendo en cuenta la referida contratación verbal efectuada y, por ende, la omisión total del procedimiento legalmente establecido para la contratación, considera que

“...la obligación adquirida por el Ayuntamiento de Logroño está afectada por un vicio de nulidad absoluta, vicio que si bien no puede subsanarse y por tanto no es susceptible de validación, no puede significar que el particular que ha prestado los servicios de buena fe quede en indefensión por esta causa”.

En consecuencia, concluye:

“El Ayuntamiento de Logroño, de conformidad con lo dispuesto en el presente Informe conformado por la Asesoría Jurídica Municipal, deberá incoar, a través de acuerdo de Junta de Gobierno Local, procedimiento de revisión de actos nulos por obligaciones indebidamente adquiridas, por tratarse, de una contratación verbal.

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”.

6. Con fecha 5 de julio de 2023, la Junta de Gobierno Local acordó iniciar expediente de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho por obligaciones indebidamente adquiridas en la contratación de los servicios de sonorización e iluminación de los conciertos Parrilla San Mateo 2022.

El acuerdo, además de describir parte de los antecedentes fácticos que hemos enumerado, señala que el informe contable, de 27 de junio de 2023, acredita *“la existencia de crédito adecuado y suficiente”*, con cargo a la aplicación presupuestaria 337.00 226.99 del presupuesto municipal vigente. No obstante, debemos advertir que dicho informe no se ha adjuntado al expediente facilitado a este Consejo.

Por último, el Acuerdo iniciador confirió al interesado un trámite de audiencia por plazo de 10 días.

7. El interesado, tras serle notificado el Acuerdo de 5 de julio de 2023, comunicó por

correo electrónico de 12 de julio de 2023, que no iba a presentar ninguna alegación.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 9 de agosto de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Excmo. Sr. Consejero de Política Local, Infraestructuras y Lucha contra la Despoblación del Gobierno de La Rioja, a petición del Ayuntamiento de Logroño, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido (según el art. 14.3 del RCCR *“Se consideran inhábiles todos los días del mes de agosto...”*).

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 29 de agosto de 2023, procedió en nombre del mismo a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

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

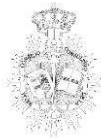
FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

1. El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), a cuyo tenor:

“...las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que



hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

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

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

En el presente caso, el Ayuntamiento de Logroño ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, del “*acto administrativo de contratación verbal*” del servicio descrito. Por ello, sin anticipar el juicio que nos merezca el fondo de la cuestión, es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva *ex art. 106.1 LPACAP*.

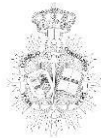
No obstante, la consulta recibida carece de propuesta de resolución. Hay un acuerdo de incoación que permite deducir la voluntad de revisión del Ayuntamiento, pero no hay ninguna propuesta de resolución para poner fin al expediente. No se conoce si se va a resolver en unidad de acto la nulidad y la indemnización subsiguiente, ni los importes que quiere proponer el Ayuntamiento. Esta omisión no impedirá que emitamos dictamen, pero incumple la previsión del art. 40.2-a) del RCCR (Decreto 8/2002).

3. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPACAP, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Consideraciones sobre la existencia, en este caso, de un acto administrativo de adjudicación.

1. A criterio de este Consejo, es claro que los encargos verbales, constituyen un auténtico acto administrativo de adjudicación de un contrato también administrativo. Y ello es así, por graves que sean los vicios que aquejen a ese acto, y por mucho que tal acto se



haya exteriorizado o manifestado de manera verbal y no escrita.

2. 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, el encargo verbal dirigido por el Ayuntamiento a J.T.P. que ahora enjuiciamos 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.

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), como por razón de su *objeto o finalidad*, que es la prestación de un servicio público de titularidad o competencia local, como lo es la realización de los actos programados en las fiestas patronales.

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

4. De todo lo anterior, resulta que, en este caso, el Ayuntamiento de Logroño realizó una adjudicación verbal, 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 LPACAP, justifican el ejercicio de esa potestad.

En efecto, y como se ha señalado, de entre los actos dictados por las Administraciones Públicas en el seno de su actividad contractual, el art. 41.1 LCSP identifica, como

susceptibles de revisión de oficio, “*los actos preparatorios y... los actos de adjudicación de los contratos*”.

Obviamente, los municipios ostentan la potestad de revisión de oficio de sus propios actos, además de por disponerlo así, *in genere*, el art. 106 LPACAP, por preverlo así los arts. 4.1.g) y 53 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

Tercero

Nulidad de pleno Derecho

1. El artículo 38 de la LCSP, a la sazón aplicable, señala que los contratos de las Administraciones Públicas serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes. En concreto, el artículo 39 se refiere a las causas de nulidad de derecho administrativo, que son las que enumera el propio artículo, entre las que figura, en el apartado 1), “*las indicadas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”.

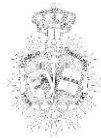
Y, según el apartado e) de dicho artículo 47.1, son nulos de pleno derecho “*los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”.

2. Por tal motivo, debemos de concluir que la adjudicación verbal a J.T.P. del contrato de servicios del que deriva la factura número 22142, de 30 de noviembre de 2022, es nula de pleno derecho. Y es que lo cierto es: i) que el acto de adjudicación se dictó sin que se observase ninguno de los trámites que necesariamente debían precederle, y, por tanto, prescindiendo 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) LPACAP.

Cuarto

Consecuencias de la nulidad del acto de adjudicación del contrato de servicios

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* entre la Administración contratante y el contratista (cfr. arts. 37 y 153. LCSP y 1261.1º y 1262 Cc).



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.

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 el interesado pretendieron establecer.

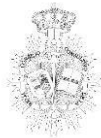
2. A partir de ahí, como señala el art. 42.1 LCSP, dicho contrato “*entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a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

3. En este caso, es indiscutible que los servicios se han prestado y así consta en el



informe del responsable, *“los servicios se realizaron correctamente y los conciertos programados pudieron realizarse sin ningún problema”*, también consta acreditado en dicho informe que la empresa contratista *“ha actuado de buena fe por orden de la administración”*.

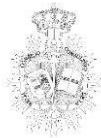
Los servicios así prestados, por su propia naturaleza, son irrestituibles *in natura*, pues no pueden devolverse a la persona que los ha ejecutado; y, por ello, de no aplicarse las consecuencias indemnizatorias previstas por el art. 42.1 LCSP, generaría, en favor del Ayuntamiento, una atribución patrimonial no justificada, que debe evitarse.

En el presente caso, consideramos acreditado que la indemnización que J.T.P. debe percibir asciende al mismo importe que el de su propia factura, IVA incluido, pues cabe razonablemente suponer que tal cantidad es la que el Ayuntamiento habría debido sufragar para que le fuera prestado el servicio contratado. Es más, en este caso, ello vendría sustentado también por el hecho de que dicho importe coincide con el ofertado y aceptado en el proceso de contratación de dichos servicios que inició el Ayuntamiento y que no concluyó.

Además, en un sentido contrario, si el valor pecuniario que se atribuyera a la prestación irrestituible fuera menor del facturado por el contratista, 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 realizado servicios para la Administración, no ha podido prestar esos servicios a 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.

Por último, del expediente remitido a este Consejo Consultivo no se desprende que exista disconformidad entre el Ayuntamiento y la contratista sobre el valor económico de los servicios prestados, más al contrario, se deduce la existencia de un acuerdo tanto sobre el servicio prestado como sobre el precio del mismo, conforme lo confirma la responsable del contrato en su informe, concluyendo *“corresponde el abono de la citada factura”*.



Quinto

Cuestiones del procedimiento de revisión de oficio y liquidación del contrato

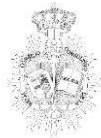
Como ya hemos señalado, el art.42.1 LCSP dispone que *“la declaración de nulidad ... de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación”*, con la consecuencia de que las partes deberán *“restituirse... recíprocamente las cosas 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 de los actos adjudicatorios 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 1724/2011, de 21-12-2011): *“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 (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 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. En efecto: i) figura incorporada al expediente la factura emitida por el afectado, de lo que se infiere su voluntad de ser resarcida en el importe que consta en las mismas; y, ii) por otro lado, de los informes municipales se desprende que el servicio facturado fue efectivamente prestado al Ayuntamiento, *“los servicios se realizaron correctamente”*, que no cuestiona la corrección de su importe.

Así las cosas, careciendo de información que nos permita conocer el valor económico de la prestación y no existiendo discrepancia entre el Ayuntamiento y la contratista en cuanto a que tal valor coincide con el importe de la factura, IVA incluido, este Consejo no puede sino concluir que la indemnización ha de tener igual cuantía.



Sexto

Naturaleza de la suma que debe indemnizarse

Para concluir, debe señalarse que, una vez sea fijada esa indemnización, la cantidad de dinero correspondiente no tendrá la condición de *precio de un contrato*, sino que obedecerá a un concepto bien distinto, de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria: el de *equivalente económico de una prestación* que, debiendo ser restituida precisamente por la nulidad de aquel contrato, no puede serlo *in natura*.

Por ello, al fijar esa indemnización, la Administración Local estará ejerciendo una competencia administrativa específica -la de liquidar un contrato nulo-, que está prevista por el art. 42 LCSP, y que, según la configura ese precepto, es accesoria o complementaria a la potestad para revisar de oficio los actos administrativos dictados en materia contractual, debiendo ponerse en juego cuando tal revisión entrañe la declaración de nulidad del contrato mismo.

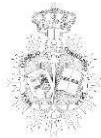
Séptimo

Consideración adicional sobre el fraccionamiento de los contratos menores

Tal y como hemos recogido en los antecedentes, la contratación verbal que hemos examinado trae causa del hecho de que no se llegase a concluir un expediente de contrato menor destinado, justamente, a adjudicar la sonorización e iluminación de los conciertos Parrilla Rock San Mateo 2022. De hecho, se llegó a redactar un informe proponiendo la adjudicación a la misma persona con la que se realizó luego la contratación verbal, por igual importe, al ser su oferta la más económica, siendo éste el único criterio establecido en el pliego.

La justificación de no continuar con el citado expediente de contratación, que señala el Informe de 31 de mayo de 2023 y reitera el Acuerdo de revisión de oficio de la Junta de Gobierno Local, es que se consideró que “*dado que el servicio de sonorización de los conciertos Parrilla ya se había realizado el año anterior como contrato menor no era ajustado a derecho, repetir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación*”.

En suma, a fin de evitar incurrir en un uso fraudulento del contrato menor no se concluye su tramitación, aun poniéndose a la vez en duda, en dichos documentos, que concurriese tal carácter fraudulento en este preciso caso.



Pues bien, al margen de nuestro preceptivo informe relativo a la revisión de oficio de la contratación verbal finalmente realizada, este Consejo desea realizar también algunas observaciones en relación con la paralización del proceso de contratación anterior, hecho que, a la postre, provocó el recurso a dicha contratación verbal, como hemos visto, nula de pleno derecho.

En primer lugar, cabe llamar la atención de la omisión en el expediente de un informe mínimamente motivado sobre la decisión de no continuar el procedimiento abierto de contratación. Es más, ni siquiera consta expresamente en el expediente quien tomó dicha decisión, aunque cabe deducir que fue la Dirección General de Contratación.

En segundo lugar, este Consejo entiende y aplaude la intención de la Administración de evitar un uso fraudulento del contrato menor, cuya agilidad y sencillez ha facilitado en ocasiones —cierto es— un uso abusivo por parte de las Administraciones.

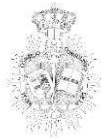
En efecto, tal y como han repetido las juntas consultivas de contratación, el fraccionamiento artificioso o indebido del objeto contrato a contratar no puede ser cauce para eludir licitar ciertas prestaciones de acuerdo a las normas de contratación más rígidas que les corresponden. Ahora bien, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha subrayado también que *“no todo fraccionamiento es contrario a la Ley”*. Dicho fraccionamiento resultaría así lícito, siempre y cuando *“la prestación sea divisible”*, y *“no haya ánimo defraudatorio, esto es, que en ningún caso la división sirva para infringir los principios de publicidad y de concurrencia, o se haga con la intención de eludir la aplicación de estos principios en el procedimiento de contratación”* (por todos, Informe 72/18).

Con todo, sabido es que, en muchas ocasiones no es fácil determinar, en la práctica, cuando la prestación es, en efecto, divisible o, dicho en otros términos, cuando cabe considerar que las actividades contractuales tenían unidad funcional y, por ende, exigían un tratamiento conjunto. A este respecto:

“resulta determinante para concluir cuándo media identidad o equivalencia entre las distintas prestaciones —reitera la Junta Consultiva estatal—, el concepto de unidad funcional u operativa, es decir, la existencia de un vínculo operativo entre dichos objetos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Si tal circunstancia se da, la división del contrato implicaría un fraccionamiento no justificado dado que el objeto del contrato es único.

Bajo estas premisas que constituyen nuestra constante doctrina corresponde al órgano de contratación el análisis de cada caso concreto sin que quepa ofrecer una solución única y general a la cuestión” (Informe 111/2018).

En tercer lugar, y en relación ya más directa con el supuesto concreto planteado en este expediente, cabe también recordar que, aun cuando el artículo 29.8 de la LCSP (*“Los*



contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”) no prohíbe expresamente la realización de contratos menores idénticos en ejercicios sucesivos, ello resulta claramente ilícito si se trata así de sustraer al contrato de las normas de adjudicación que le corresponden (cfr., en este sentido, arts. 99.2, 101.4).

Y, ciertamente, *“la división temporal de la prestación puede, en ciertos casos, permitir la aplicación de un tipo de procedimiento que, si se considerase la posibilidad de celebrar el contrato por un periodo de tiempo superior, quedaría excluido”* (Informe 73/2018).

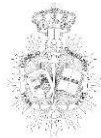
Conviene, además, tener presente a estos efectos la obligación de las entidades públicas ex art, 28.4 de la LCSP de programar *“la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales...”*, pues *“es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley”* (Informe 14/2020).

No obstante lo anterior, tal y como también recuerdan a menudo las Juntas Consultivas, el órgano de contratación debe examinar cada caso. Y es que la contratación en ejercicios sucesivos de prestaciones iguales no tiene porqué constituir invariablemente un fraccionamiento fraudulento. La reiteración no es siempre fraccionamiento indebido. Resulta necesario verificar si, en efecto, en el supuesto concreto cabía razonablemente anticipar o era previsible que la concreta necesidad objeto del contrato público se iba a prolongar más de un año en el tiempo o se iba a repetir todos los años.

En cuarto lugar, a la vista de lo anterior, cabe preguntarse si dos contratos menores sucesivos para sonarizar e iluminar conciertos de las fiestas locales de 2021 y 2022, como los que se han planteado en este expediente, tenían una unidad funcional o vínculo operativo que exigía un tratamiento contractual conjunto.

Como hemos visto, el criterio del órgano de contratación fue que se trataba de una necesidad periódica y recurrente, de modo que el uso del contrato menor resultaría fraudulento, pero la propia Administración se hacía también eco en el expediente de lo señalado en el Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, que, en la misma línea expuesta más arriba, insiste en la previsibilidad de la reiteración de una prestación sustancialmente igual:

“en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto –o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que



tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo...”.

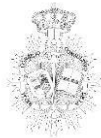
De forma, por tanto, que el contrato menor podría considerarse ajustado a Derecho si, en el momento de tramitar el contrato menor del año 2021, no pudo, razonablemente, preverse que igual necesidad concurriría el año o años siguientes, descartándose así que el uso del contrato menor estuviese dirigido, con ánimo defraudatorio, a eludir las exigencias normativas de publicidad y la concurrencia de licitadores.

No corresponde ahora ya a este Consejo determinar si se daba o no la referida unidad funcional u operativa, pero, dada la duda que plantea el expediente, parece útil señalar que, a nuestro juicio, interpretar en este caso que no existía dicha unidad hubiese sido ajustado a derecho, teniendo en cuenta que la prestación que se contrata es sonorizar e iluminar unos conciertos que, a su vez, son unos eventos, que aun cuando típicos en las fiestas locales, dependen en número, extensión, ubicación y tipología, de la programación de las fiestas patronales que cada año realizan las corporaciones locales.

La exigencia a la administración contratista de previsibilidad —creemos— resultaría aquí desproporcionada, pues al margen de que pueda llegar a presumirse que los conciertos formarán parte de la programación de fiestas, las necesidades de su sonorización e iluminación, tal y como subraya el Informe de 31 de mayo de 2023, no son posibles *“hasta que no se tiene conocimiento concreto y preciso de la naturaleza del evento a sonorizar y el espacio mismo”*.

Se estaría exigiendo a la Administración que redactase de antemano un pliego de prescripciones técnicas dirigida a unos eventos futuros de los que desconoce su entidad, extensión, ubicación..., y que, en muchos casos, deben ajustarse a los requerimientos concretos del artista o artistas responsables. El principio de eficacia contractual no pasa así, en este caso, por la integración de prestaciones y cabe añadir también que el precio de estos contratos se halla muy lejos de los topes establecidos para los contratos menores.

Por último, este Consejo quiere llamar especialmente la atención sobre el hecho de que un eventual uso inadecuado de la figura del contrato menor no puede hallar solución en una actuación nula de pleno derecho, cual es una contratación verbal, que prescinde totalmente del procedimiento legalmente establecido. No parece así coherente una interpretación tan rigurosa del contrato menor, para luego acudir a una contratación nula y a su posterior revisión de oficio, peligroso proceder sobre el que advertimos en el fundamento siguiente.



Octavo

Consideraciones finales

A pesar de la conclusión lógica de este Dictamen, este Consejo debe advertir del peligro de instrumentalizar el instituto jurídico de la revisión de actos nulos. Éste, en ningún caso, puede convertirse en una especie de cauce alternativo, al procedimiento legal de contratación, a la correcta determinación del valor estimado del contrato, o al control de la Intervención municipal.

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

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

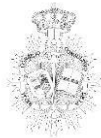
CONCLUSIONES

Primera

La adjudicación verbal del contrato objeto de este expediente, para la prestación de los servicios de sonorización e iluminación de los conciertos de Parrilla Rock San Mateo 2022, con J.T.P., es nula de pleno derecho, por infracción de los artículos 37 y 39.1 de la LCSP y por ende del art. 47.1 e) de la LPACAP, nulidad que ocasiona también la del contrato mismo.

Segunda

La consecuencia de dicha nulidad será la liquidación del contrato y la restitución recíproca de las prestaciones, lo que ha de suponer el reconocimiento y abono por el Ayuntamiento a J.T.P. del importe de la factura por éste presentada, el que asciende, IVA incluido, a **5.626,50 euros**.



CONSEJO CONSULTIVO
DE
LA RIOJA

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

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO