

En Logroño, a 21 de febrero de 2024, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de las Consejeras Sras. D<sup>a</sup>. Amelia Pascual Medrano, D<sup>a</sup>. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Belén Revilla Grande, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Belén Revilla Grande, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

5/24

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Haro, a través de la Consejería de Política Local, Infraestructuras y Lucha contra la Despoblación, en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio de nulidad de pleno derecho del acuerdo de continuidad de contrato de gestión de las instalaciones deportivas de Haro de El Ferial y El Mazo*, excepto el estadio deportivo, junto con la liquidación del mismo por importe de 272.195,56 euros a favor de la empresa contratista XXX.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del Asunto

#### Primero

Como antecedente del asunto de que se trata, debemos remitirnos al Dictamen de este Consejo 34/23 de 18 de mayo de 2023, cuyo inicio tuvo lugar porque en fecha de 5 de julio de 2022, XXX. presentó una solicitud de reequilibrio del contrato de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro, acompañada de una justificación de sobrecostes del período comprendido entre el 13 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022, en cuantía de 187.048,02 euros, en cuyos fundamentos de derecho quinto y sexto, hacíamos constar lo siguiente:

#### *“Quinto.*

*Sobre la prestación del servicio desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el 30 de enero de 2023.*

*1. Realizada la prestación del servicio por el contratista en los términos y condiciones regulados en el artículo 29.4 de la LCSP'17, con fecha 11 de febrero de 2021, comunicó al Ayuntamiento de Haro que consideraba finalizada el día 12 de febrero de 2021 la prórroga forzosa acordada por el Ayuntamiento y que a partir de dicha fecha, indica el contratista que, si el Ayuntamiento de Haro estimara necesario que la empresa continuase en la prestación del servicio, debería abonar los*

*sobrecostes del servicio.*

*Esta petición fue aceptada por el Ayuntamiento de Haro por escrito fechado el día 25 de febrero de 2021, acordando las partes una nueva «prórroga» cuya duración se extendería hasta «la fecha de formalización del nuevo contrato». Aunque en el expediente remitido no obra dicho escrito, este Consejo no puede dudar de su existencia, pues el propio Ayuntamiento lo cita en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en el acuerdo del Pleno de 12 de julio de 2022, se reconoce que se acordó la continuidad en estos términos: «Dada cuenta de la prórroga adoptada por el Ayuntamiento para continuar con el contrato de servicios, y que el mismo se viene prestando desde el 13 de febrero de 2021 por XXX», también se refiere a este escrito el contratista en sus propuestas y estudios de sobrecostes.*

*Además, XXX, la acepta expresamente mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2021, en el que se indica que «se ratifica en su anterior escrito y manifestamos nuestra conformidad a la prórroga si, con el mismo alcance, las condiciones económicas se incrementaran para soportar los sobrecostes ocasionados» para cuyo resarcimiento presenta solicitud de reequilibrio del contrato con fecha 5 de julio de 2022, dando lugar al expediente al que se refiere este dictamen.*

*2. El escrito dirigido por el Ayuntamiento de Haro a la contratista en fecha 25 de febrero de 2021, debe ser considerado como un acto formal de adjudicación, ya que, según tiene reiteradamente declarado este Consejo (D.9/23, entre otros), 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, y como tal 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 y que tiene 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.*

*3. 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, que es la prestación de un servicio público de titularidad o competencia local.*

*4. En este caso, no podemos entender que nos encontramos ante una nueva prórroga del contrato, ya que éste, se había extinguido por cumplimiento del plazo máximo posible de vigencia. Nos encontramos ante una nueva adjudicación de un contrato sin respeto al procedimiento legalmente establecido, sin determinación del plazo de su vigencia, y sin fijar un precio cierto, y por tanto, sin respetar el contenido mínimo previsto en el artículo 35 de la LCSP'17.*

*5. La prestación del servicio contratado, se inició por el contratista el día 13 de febrero de 2021, como han admitido ambas partes en el expediente de reclamación sobre el que se emite este Dictamen, a pesar de que el «acto formal» de adjudicación se dictó el día 25 de febrero de 2021 y su duración se extendió hasta el día 31 de enero de 2023. Durante su vigencia, se dictaron otros actos administrativos con el fin de adecuar la retribución del contratista a los costes del servicio prestado. En el expediente hay referencias de algunos de dichos actos que hemos mencionado anteriormente, como el hecho de que a partir del 1 de mayo de 2022 los costes de suministros de gas y electricidad de las instalaciones deportivas son asumidos directamente por el Ayuntamiento de Haro y que a partir del día 19 de diciembre de 2022, por acuerdo de su Junta de Gobierno se reduce el canon a satisfacer a la entidad contratista en un 5% por causa de la asunción de los costes energéticos por el Ayuntamiento.*

*Quizá esa sea la razón de que la reclamación del contratista para la indemnización de daños y perjuicios a la que se refiere este expediente solo comprende el período de 13 de febrero de 2021 hasta*



*el 30 de junio de 2022, en cuantía de 187.048,02 euros, a pesar de que, en concepto de canon, se pagó en este periodo un importe de 728.281,97 euros IVA excluido y 129.715,71 euros en concepto de importe de monitor, lo que importa un total de 857.997,69 IVA excluido.*

*Sin embargo, no constan en el expediente ni el coste del servicio asumido, de forma directa por el Ayuntamiento ni los importes que, sin reparo u observación de la Intervención General fueron satisfechos al contratista durante todo el periodo de vigencia del nuevo contrato.*

*6. De todo lo anterior, resulta que, en este caso, el Ayuntamiento de Haro dictó un acuerdo de adjudicación de un contrato, mediante escrito dirigido al contratista de fecha 25 de febrero de 2021, cuyos efectos se produjeron desde el día 13 de febrero de 2021, una vez vencido y extinguido el contrato anterior, 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, tal y como ha venido manteniendo este Consejo (D.053/22).*

*El régimen aplicable a este acuerdo de adjudicación, debe ser el de la LCSP'17 puesto que no guarda relación alguna con el contrato anterior, ya extinguido.*

*El artículo 38 de la LCSP'17, declara la invalidez de los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos algunos de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes, en concreto, el artículo 39 enumera las causas de nulidad de los contratos y se remite a las indicadas en el artículo 47 LPAC '15, además de contener causas específicas, como la falta de publicación del anuncio de licitación o la inobservancia de la formalización del contrato. 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» y la comunicación de 25 de febrero de 2021, puede, perfectamente, calificarse como un acto de adjudicación de un contrato, y no como una prórroga imposible de un contrato extinguido por cumplimiento del plazo de vigencia.*

*Sobre la procedencia, en este caso de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato, el Dictamen de la CJA de la Comunidad de Madrid 460/22 indica que, en estos casos, «resulta muy significativo el dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre 2011 (expediente 1724/2011) en el que pone de manifiesto que por mucho que la práctica y doctrina anterior hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que “en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato. Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad». Ello no obstante, puntualiza el*

*Consejo de Estado*, «nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

*De acuerdo, por tanto, con la doctrina reseñada, considera el Consejo que procede iniciar el procedimiento para la revisión de oficio del contrato por concurrir causa de nulidad de pleno derecho, al haberse incumplido, claramente, las previsiones legales en perjuicio del interés general y de terceros, posibles licitadores, sin que la administración concluyera el procedimiento de adjudicación iniciado el día 11 de febrero de 2020 hasta el día 1 de febrero de 2023, fecha en la que el nuevo contratista comienza la prestación del servicio.*

*7. En conclusión, no procede analizar la propuesta de resolución de indemnización contractual, porque este Consejo considera que el Ayuntamiento de Haro al encargar a la entidad mercantil XXX., por escrito dirigido a la citada contratista con fecha 25 de febrero de 2021, con efectos desde el día 13 de febrero de 2021, dictó un acto de adjudicación contractual nulo de pleno Derecho [art. 47.1 e) LPAC'15], cuya nulidad conlleva también la del contrato mismo.*

#### **Sexto**

#### ***Sobre la liquidación del contrato y sus efectos***

*La declaración de nulidad, en su caso, producirá los efectos previstos en el artículo 42.1 de LCSP/17, que indica que «1. 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, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».*

*En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad la doctrina de este Consejo, reflejada entre otros en su Dictamen 53/22, ha considerado que:*

*«...la declaración de ser nulo de 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».

*También en este caso, como en el caso analizado en el dictamen referenciado, 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, por lo que, declarada, en su caso, la nulidad, podría ser resarcida la contratista con el valor real de los servicios efectivamente prestados, desde la fecha de efectos reales del contrato nulo, esto es, desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 31 de enero de 2023, fecha en la que la contratista cesó en la prestación del servicio al comenzar un nuevo contrato.*

*Si bien en este caso, debe hacerse notar que no existen datos económicos suficientes que permitan, ni siquiera tener una aproximación de la cuantía que pudiera corresponder en justa restitución del valor real al contratista, ya que su reclamación no ha abarcado todo el período durante el que se ha ejecutado la prestación, por lo que deberá acreditarse convenientemente en el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos que se instruya, o bien, en un procedimiento independiente y contradictorio derivado de aquel, el valor de la prestación realizada, conforme a la regla establecida en el citado artículo 42 de la LCSP/2017”.*

## **Segundo**

El Dictamen de este Consejo, dedicaba al asunto anteriormente analizado, las conclusiones segunda y tercera, del siguiente tenor:

### **“Segunda**

*El nuevo contrato, adjudicado directamente, por el Ayuntamiento de Haro, mediante escrito dirigido al contratista con fecha 25 de febrero de 2021, acordando una nueva «prórroga» cuya duración se extendería hasta «la fecha de formalización del nuevo contrato», la cual fue expresamente aceptada por el contratista mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2021, precisando que dicha conformidad se presta «si, con el mismo alcance, las condiciones económicas se incrementaran para soportar los sobrecostes ocasionados», es un acto administrativo de adjudicación nulo de pleno derecho.*

### **Tercera**

*Procede denegar la solicitud de «reequilibrio del contrato de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro», durante el periodo de 13 de febrero de 2021 a 30 de junio de 2022 por importe de 187.048,03 euros, reclamados por el contratista, debiendo iniciarse un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos y posterior liquidación del contrato, con los efectos restitutorios que procedan, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP'17”.*

## **Tercero**

Por Providencia de la Alcaldía del Ayuntamiento de Haro, y a la vista del contenido de nuestro Dictamen, se ordenó iniciar expediente para la revisión de oficio y, en su caso,

para declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación directa de la prestación contractual de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro a XXX. (antes XXX) desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 31 de enero de 2023.

En el procedimiento tramitado, se han realizado los siguientes trámites:

-Informe de la Secretaría General de 3-8-2023 sobre el procedimiento a seguir y la legislación aplicable.

-Acuerdo del Pleno de la Corporación de 13-9-2023 de inicio del procedimiento de revisión, en cuya parte dispositiva primera se acordó:

*“Iniciar el procedimiento para la revisión de oficio del acuerdo de prolongación excepcional del «contrato administrativo mixto de gestión de servicio público, concesión de dominio público y servicios de las instalaciones deportivas municipales de El Ferial y El Mazo excepto el estadio deportivo» a la entidad mercantil XXX., por escrito dirigido a la citada contratista con fecha 25 de febrero de 2021, con efectos desde el día 13 de febrero de 2021 y proceder a la posterior liquidación del contrato, por el importe solicitado en la indemnización”.*

-Notificación al contratista el 15-9-2023.

-Alegaciones presentadas por el contratista con fecha 27-9-2023 en las que expone:

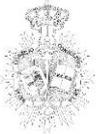
*“VI. Que, a la vista de la documentación facilitada, podemos extraer las siguientes conclusiones:*

*i) Que el Ayuntamiento de Haro, mediante escrito de fecha 25 de febrero de 2021, y una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato incluidas las prórrogas, solicita la conformidad de la contratista a la nueva prórroga hasta la formalización del nuevo contrato; prórroga que fue aceptada por mi representada si las condiciones económicas se incrementaban para soportar los sobrecostes ocasionados. Debemos señalar que mi representada continuó prestando los servicios hasta el día 31 de enero de 2023.*

*ii) A estos efectos, con 5 de julio de 2022, mi representada presentó reclamación de reequilibrio del contrato adjuntando a la misma un informe justificativo de los sobrecostes reclamados durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2021 y el 30 de junio de 2022. Dicha solicitud fue admitida a trámite por el Pleno del Ayuntamiento de Haro, acordando solicitud de informe pericial, de informes técnicos municipales, así como de Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja.*

*iii) Que en el informe técnico pericial emitido por un ingeniero industrial independiente se concluye un informe favorable a la compensación que solicita mi representada. por la totalidad del importe reclamado.*

*iv) El Consejo de La Rioja, a petición del Ayuntamiento de Haro, emitió el Dictamen 34/23 el 18 de mayo de 2023. En el mismo, se concluye que la orden de continuidad emitida el Ayuntamiento en fecha 25 de febrero de 2021 debe considerarse un acto administrativo de adjudicación nulo de pleno derecho. En consecuencia, considera el Consejo Consultivo que procede la solicitud de reequilibrio representada. Debiendo iniciarse un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos y posterior liquidación del contrato, con los efectos restitutorios que procedan, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.1 de la LCSP.*



VII. Con posterioridad a la reclamación de fecha 5 de julio de 2022, mi representada formuló nuevas reclamaciones solicitando los sobrecostos incurridos en el contrato hasta la fecha de terminación del mismo, que tuvo lugar el 31 de enero de 2023. En consecuencia, el importe total de la reclamación ascendería a 272.195,56 euros.

VIII. De lo anteriormente expuesto, queda patente que mi representada tuvo que hacer frente a unos sobrecostos en la prestación de los servicios durante el periodo en que el contrato ya no estaba en vigor y hasta el momento en que se formalizó un nuevo contrato por la Administración. Dichos sobrecostos, que fueron reclamados en diferentes momentos tal y como ha quedado acreditado, han sido reconocidos por los diferentes Servicios Municipales, así como en el informe pericial emitido por un Perito independiente y en el Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja.

IX. Que, no obstante lo anterior, en el Acuerdo recibido el 25 de septiembre de 2023 mediante el que se comunica el inicio del procedimiento revisión de oficio por actos nulos de pleno derecho, el Ayuntamiento de Haro no se pronuncia sobre los efectos que dicha nulidad supondría, lo que causa indefensión a mi representada.

X. A tal efecto, solicitamos que el Ayuntamiento de Haro (i) se pronuncie sobre los efectos que supone dicha declaración de nulidad, y (ii) confirme el momento y el modo en que se va a sustentar el abono del importe de 272.195,56 euros reclamados por mi representada en concepto de sobrecostos incurridos durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2021 y el 31 de enero de 2023”.

-Informe jurídico de la Secretaría General de la Corporación, formulando la siguiente propuesta de acuerdo:

*“PRIMERO. Declarar nulo de pleno derecho el acto administrativo acuerdo de continuidad del contrato de gestión de servicio público, concesión de dominio público y servicios de las instalaciones deportivas municipales de El Ferial y El Mazo excepto el estadio deportivo, con la liquidación del mismo.*

*SEGUNDO. Solicitar, adjuntando la propuesta de resolución, Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja.*

*TERCERO. Indemnizar a XXX., previa fiscalización por la intervención municipal y evacuado Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, por una cuantía por importe de 272.195,56 euros, en cumplimiento del artículo 106.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

*CUARTO. Suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen al Consejo Consultivo de La Rioja, notificando esta circunstancia a XXX.*

*QUINTO. Recibido el Dictamen del Consejo Consultivo de la Rioja, dado el carácter previo y vinculante del mismo, elevar el expediente al Pleno en la próxima sesión que se celebre”.*

-Acuerdo del Pleno de la Corporación de 20-12-2023 asumiendo la propuesta formulada por la Secretaría General que se eleva a este Consejo para su dictamen.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 12 de enero de 2024 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 Haro, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 15 de enero de 2024, 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 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 V*” 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.

3. En el presente caso, el Ayuntamiento de Haro ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, por “*obligaciones indebidamente adquiridas*” en fase de adjudicación del contrato, si bien, el juicio que nos merecía el fondo de la cuestión ya fue anticipado en nuestro Dictamen 34/23, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes del presente, de tal modo que es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva *ex art.* 106.1 LPACAP.

4. 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

### **Sobre la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación directa de la prestación contractual de gestión y mantenimiento de los CDM de Haro a XXX. desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 31 de enero de 2023**

1. Damos por reproducidos los hechos, consideraciones jurídicas y conclusiones que con respecto a esta actuación administrativa hemos manifestado en nuestro Dictamen 34/23, reiteradamente invocado y, en consecuencia, consideramos acreditado que, en este caso, el Ayuntamiento de Haro dictó un acuerdo de adjudicación de un contrato, mediante escrito dirigido al contratista de fecha 25 de febrero de 2021, cuyos efectos se antepusieron a la fecha de adjudicación, fijando el plazo inicial del mismo el día 13 de febrero de 2021, en cuyo momento ya estaba vencido y extinguido el contrato anterior, extendiendo sus efectos hasta el día 31 de enero de 2023 supone, a nuestros efectos, que existe materia revisable, esto es, se trata de 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 que justifican el ejercicio de esa potestad, tal y como ha venido manteniendo este

Consejo.

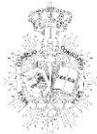
2. El régimen aplicable a este acuerdo de adjudicación, debe ser el de la LCSP puesto que no guarda relación alguna con el contrato anterior, ya extinguido.

3. 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”*.

4. 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”* y la comunicación de 25 de febrero de 2021, puede, perfectamente, calificarse como un acto de adjudicación de un contrato, y no como una prórroga imposible de un contrato extinguido por cumplimiento del plazo de vigencia.

5. Como tal acto de adjudicación, es una declaración de voluntad por la que la Administración municipal, seleccionando a un contratista concreto con exclusión de cualesquiera otros, en este caso a XXX., 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.

6. Dicha comunicación, contiene además un pronunciamiento respecto a los efectos del contrato, que se anticipan incluso al *“acto de adjudicación”* del mismo, y no siendo posible adjudicar un contrato ya ejecutado, nos obliga a concluir que nos hallamos ante una contratación verbal de la prestación que se realizó entre el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 25 de febrero de 2021, que contraviene lo dispuesto en el artículo 37.1. y 37.2 de la LCSP que proscribía la contratación verbal salvo en los supuestos de contratación de emergencia y como ya hemos manifestado reiteradamente, por todos D.057/23, 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.



7. 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, que ahora analizamos, 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.

8. Por otro lado, la naturaleza *administrativa* de los contratos que nos ocupan es indudable, tanto por razón de *quien lo adjudica*, una Administración local (art. 2.1 y 3.1.a LCSP), 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 gestión y mantenimiento de las instalaciones del CDM del Ayuntamiento de Haro.

9. 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), además, en este caso, el acuerdo revisor ha sido adoptado por el órgano competente, esto es, el Pleno de la Corporación y se ha seguido sustancialmente el procedimiento establecido en el artículo 106 de la LPACAP.

10. Por tal motivo, debemos de concluir que el acto verbal de adjudicación del contrato desde el día 13 de febrero de 2021 hasta el día 24 de febrero de 2021 y el posterior acto de adjudicación mediante comunicación escrita de fecha 25 de febrero de 2021, con efectos hasta el día 31 de enero de 2023, son actos nulos de pleno derecho. Y es que lo cierto es: i) que ambos actos de adjudicación se dictaron sin que se observase ninguno de los trámites que necesariamente debían precederles, y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y ii) que tal vicio entraña la nulidad de los actos de adjudicación, conforme al art. 47.1.e) LPACAP.

### **Tercero**

#### **Consecuencias de la nulidad de los actos de adjudicación del contrato de servicios**

1. Resuelta la nulidad de la adjudicación del contrato, si bien este Consejo considera que, aunque concurrieran dos actos de adjudicación sucesivos, los efectos sobre la ejecución contratada, han sido considerados como un solo contrato y, como, tal vamos a pronunciarnos sobre la cuestión planteada.



2. 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).

3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

7. En este caso, 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, 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 0402-2009). O, más recientemente, la STS de 17-10-2023 (rec. 6316/2020, ECLI:ES:TS:2023:4480).

**8.** 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.

**9.** En este caso, es indiscutible que los servicios se han prestado de forma adecuada y a satisfacción de la administración contratante, cuestión indiscutida.

**10.** 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.

#### **Cuarto**

##### **Naturaleza de la suma que debe indemnizarse**

**1.** En el presente caso, consideramos acreditado que la indemnización que la empresa “XXX”. debe percibir asciende al mismo importe que el que reconoce el informe de la Secretaría General, esto es, “*una indemnización por importe total de 272.195,56 euros (187.048,02 euros iniciales del 13 de febrero de 2021 a 30 de junio de 2022, más 48.299,19 euros del 1 de julio a 31 de diciembre de 2022 y 36.848,35 euros del periodo del 1 al 31 de enero de 2023*” importes que incluso aparecen adverbados por informe técnico pericial al que se hace referencia en el mencionado informe jurídico del Sr. Secretario de la Corporación, ya que, además, cabe razonablemente suponer que tales cantidades son las que el Ayuntamiento habría debido sufragar para que le fuera prestado el servicio contratado si hubiera tramitado el procedimiento en legal forma.

**2.** 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.

**3.** 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 total ignora este Consejo) entrañaría, en este caso, un empobrecimiento injustificado para él, y un correlativo enriquecimiento para la Administración.



4. 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.

5. Por lo que hace a las cuotas de IVA, cuya realidad no es conocida por el Consejo ya que no se han aportado al procedimiento las facturas emitidas por la contratista, en cualquier caso, correspondería su abono, tal y como venimos manteniendo en otros dictámenes precedentes, porque el tercero, prestador de los servicios, en su condición de obligado al pago, ha asumido la obligación de abonarlas a la Hacienda Pública.

## CONCLUSIONES

### Primera

El Ayuntamiento de Haro, al adjudicar a la empresa XXX. la prestación del servicio de gestión y mantenimiento de las instalaciones de los CDM del Ayuntamiento de Haro, durante el periodo de 13-2-2021 hasta el día 31-1-2023 por importe de 272.195,56 euros, dictó un acto de adjudicación de un contrato nulo de pleno Derecho, según el art. 47.1 e) LPACAP y art. 39.2-b) de la LCSP.

### Segunda

No obstante, la nulidad de la contratación del servicio y como quiera que la entidad mercantil XXX. prestó los servicios encomendados por el Ayuntamiento, de acuerdo con los precios de mercado y a su satisfacción, éste ha de abonarle la indemnización de 272.195,56 euros reclamados por el contratista.

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