

En Logroño, a 7 de abril de 2020, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015 y en aplicación del RD 463/2020 sobre declaración del estado de alarma), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, habiéndose ausentado D. Enrique de la Iglesia Palacios por concurrir en el mismo causa legal de abstención, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D^a Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

40/20

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Tricio (a través de la Consejería de Gobernanza Pública), sobre la *Revisión de oficio de los actos administrativos de contratación de un “Informe de revisión de las cuentas generales del referido Ayuntamiento de los ejercicios 2009 y 2017”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El Ayuntamiento de Tricio (en adelante, el Ayuntamiento) ha tramitado un procedimiento de revisión de oficio, de cuyo expediente resultan los siguientes datos de interés.

1. Constan en este expediente *tres ofertas/presupuestos mercantiles* para realizar una revisión de las Cuentas Generales del Ayuntamiento de los ejercicios 2009 y 2017. Las tres ofertas presentadas, muy similares, tienen fecha de 23 de julio de 2019.

-*C.A.S.L.P.* establece un plazo de ejecución de los trabajos entre septiembre y diciembre de 2019 y fija sus honorarios en 14.900 Euros, IVA excluido.

-*G.M.S.R.L.* propone iniciar los trabajos en septiembre y acabarlos en noviembre de 2019 y fija sus honorarios en 15.000 Euros, IVA excluido.

-G.S.L.P. propone también iniciar los trabajos en la primera quincena de septiembre, a fin de presentar su *“Informe de Revisión”* en la primera quincena de noviembre de 2019 y fija sus honorarios en 14.800 Euros, IVA excluido.

2. Al final de la carta-oferta presentada por G.S.L.P, figura un apartado con la aceptación de la misma. Este apartado de aceptación está firmado por el Alcalde de Tricio, D. O.M.N., en Logroño, a 23 de julio de 2019. Este documento con la oferta y la aceptación es el único con registro de entrada en el Ayuntamiento de Tricio en la referida fecha. En la referida carta-oferta, se expresa que, *“a la aceptación de la presente carta-oferta, recibirán la factura correspondiente a su 50%. Dicha cantidad no será retornable, dado que el inicio de la planificación de los trabajos de auditoría y el análisis de la documentación aportada representan, aproximadamente, el 50% de las horas de trabajo de socio”*,

3. Al expediente revisor, no se ha incorporado ninguna factura, por lo que cabe presumir que la mercantil no ha girado la prevista en la carta-oferta.

Segundo

1. El 15 de octubre de 2019, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento emite un informe en relación con el documento de aceptación de la oferta para la ejecución de trabajos de *“Informe de revisión de las Cuentas Generales del Ayuntamiento de Tricio de los ejercicios 2009 y 2017”*, por parte del anterior Alcalde. En él, tras aclarar que el objeto del informe de revisión de cuentas no puede ser otro que una revisión de cuentas y no una auditoría de las mismas, al ser esta una función reservada a funcionarios habilitados, hace constar, entre otras, las siguientes observaciones:

-*“La contratación del trabajo se hace sin que exista partida presupuestaria para esa finalidad y sin la fiscalización previa del Interventor”*. La falta de consignación presupuestaria lleva, a su juicio, a la nulidad del acto administrativo por infracción del art. 173.5 LHL’04 (Ley de Haciendas locales, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

-*“Se da una ausencia total de procedimiento”*. A este respecto, señala que no constan los criterios por las que fueron elegidas las ofertas, ni su petición, ni plazo para hacerlas, *“dándose la paradoja de tratarse de tres empresas de Madrid de un mismo grupo de auditores”*. Sobre esa base, concluye también en la nulidad del acto administrativo, en aplicación de la causa prevista en el artículo 47.e) LAPC’ 15 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común, que considera nulos a los actos *“ dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*).

-“Los importes de las ofertas presentadas no se ajustan al precio del mercado”. A este respecto, se adjuntan dos ofertas, por el mismo trabajo, de fechas 30 de agosto de 2019 y 5 de septiembre de 2019, por importe, respectivamente, de 5.000 euros, IVA excluido, y 4.800 euros, IVA excluido. Se añade que “todo apunta a que se fue al precio máximo que el Alcalde podía contratar, 15.000,00 Euros, más IVA, el que sirvió para ajustar los precios, decidiéndose de antemano el de adjudicación y la empresa elegida, contando con la colaboración de dos empresas del mismo grupo”.

-Finalmente, entiende que la gravedad es tal que debería revisarse la adjudicación, “al existir claros indicios de que pueda estar dándose una malversación de fondos públicos, máxime cuando se cuenta, en este momento, con ofertas que realizan el mismo trabajo por un precio tres veces inferior al adjudicado”. Y, en atención al perjuicio económico que esto supone para la Hacienda municipal, sostiene la necesidad de que se “suspenda de la ejecución del acto”, al amparo del art. 4.15 LCSP’17.

Tercero

Sobre la base del citado informe de Intervención, por Providencia de la Alcaldía de 15 de octubre de 2019, se dispone que la Secretaría emita un informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para, en su caso, proceder a la revisión de oficio y declarar la nulidad del acto administrativo.

Cuarto

El mismo 15 de octubre de 2019, el Secretario del Ayuntamiento emite el informe requerido y eleva Propuesta de resolución, en el sentido de “*iniciar el procedimiento de revisión de oficio del documento de aceptación de oferta*”, por las siguientes causas: “*haberse prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”: no existir partida presupuestaria, para esa finalidad; no haberse realizado una fiscalización previa; no ajustarse los importes de las ofertas al precio de mercado; no existir una valoración técnica previa que sirviera para fijar el precio máximo e irse al precio máximo que el Alcalde podía contratar, “*decidiéndose de antemano el de adjudicación y la empresa elegida, contando con la colaboración de dos empresas del mismo grupo*”.

Igualmente propone “*suspender la ejecución del acto administrativo impugnado, dado que la misma podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación con la malversación de fondos públicos*”.

Quinto

Sobre la base y reiterando la motivación contenida en el Informe de la Secretaría, el Alcalde, por Acuerdo de 15 de octubre de 2019, dispuso iniciar el procedimiento para la revisión de oficio de la contratación del *“Informe de revisión de las Cuentas Generales del Ayuntamiento de Tricio de los ejercicios 2009 y 2017”*. El Acuerdo, además, *“suspende la ejecución del acto administrativo”* y confiere, a los interesados, un trámite de audiencia, por plazo de diez días.

Al expediente revisor, se han incorporado sendos escritos de emplazamiento a la mercantil interesada y al anterior Alcalde, y un certificado de la Secretaría de 18 de diciembre de 2019, que acredita que se ha dado trámite de audiencia por un plazo de 15 días y audiencia, *“no habiéndose presentado en tiempo y forma ninguna alegación ni observación”*.

Sexto

La Resolución de la Alcaldía de 24 de enero de 2020 asume, en su integridad el informe-Propuesta de resolución de la Secretaria-Interventora de 20 de enero de 2019, y, tras describir los antecedentes fácticos e informes que hemos enumerado, resuelve: i) primero, *“declarar nulo de pleno Derecho el acto administrativo de la contratación de la ejecución de trabajos de Informe de revisión de las Cuentas Generales del Ayuntamiento de Tricio de los ejercicios 2009 y 2017, previo dictamen favorable, en su caso, del Consejo Consultivo de la Rioja, con los siguientes efectos: suspender la ejecución del acto administrativo impugnado, dado que la misma podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación con la malversación de fondos públicos”*; y ii) segundo, *“elevar el expediente al Consejo Consultivo de La Rioja para la emisión de dictamen vinculante”*.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado el 30 de enero de 2020, y registrado de entrada en este Consejo el 4 de febrero de 2020, la Consejería de Gobernanza Pública remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Tricio sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 4 de febrero de 2020, 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, la correspondiente ponencia 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 Tricio ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, del acto

administrativo de contratación de un *Informe de revisión de las cuentas generales del Ayuntamiento de Tricio de los ejercicios 2009 y 2017*. 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*.

3. 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

Legislación aplicable al contrato.

Habiéndose suscrito la aceptación de la oferta contractual el 23 de julio de 2019, es claro que la legislación aplicable es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17), la cual entró en vigor el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª LCSP'17).

Conviene señalar también que, si bien varios preceptos de la LCSP'17 han sido modificados por la DF 1ª del RDL 3/2020, de 4 de febrero, vigente desde 06-02-2020 (DF 16ª), estas modificaciones no son aplicables al contrato analizado, que fue adjudicado con anterioridad (DT 1ª). En definitiva, al contrato le resulta aplicable la LCSP'17 en su redacción original.

Tercero

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

1. De los antecedentes de hecho que se han expuesto resulta que el anterior Alcalde del municipio de Tricio, D. O.M.N., firmó la aceptación de una oferta contractual de la mercantil *G.S.L.P.*, a fin de que ésta realizase, de la primera quincena de septiembre a la primera de noviembre de 2019, un informe sobre las cuentas generales del referido Ayuntamiento de los ejercicios 2009 y 2017.

El contrato adjudicado puede ser *a priori* calificado como un contrato *de servicios* del art. 17 LCSP'17, pues su objeto es una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad, dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro (artículo 17 LCSP de 2017). Y, por otra parte, siendo el importe fijado por dicho servicio

inferior a 15.000 euros, resulta subsumible en la categoría de *contrato menor ex art. 118.1 LCSP'17*.

En cuanto a su objeto concreto, tal y como apunta el informe de Intervención, conviene comenzar por aclarar que, en efecto, no se trata de un control financiero en la modalidad de *auditoría pública*, establecida por el RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las Entidades del Sector público local, en su modalidad de auditoría de cuentas. En efecto, esta modalidad, según su art. 29.3, “*tiene por objeto la verificación relativa a si las cuentas anuales representan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la entidad y, en su caso, la ejecución del presupuesto de acuerdo con las normas y principios contables y presupuestarios que le son de aplicación y contienen la información necesaria para su interpretación y comprensión adecuada*”). Pues bien, esta labor se halla reservada a funcionarios habilitados y sólo, “*a propuesta del órgano interventor*” y (como apunta la Parte expositiva) en caso de insuficiencia de medios, la Entidad local, como dispone el art. 34.3, “*podrá contratar, para colaborar con el órgano interventor, a firmas privadas de auditoría, que deberán ajustarse a las instrucciones dictadas por el órgano interventor*”. Todo ello descarta, obviamente, que el caso que nos ocupa sea reconducible a dicha modalidad de auditoría.

No obstante, la existencia ya de este régimen de control económico-presupuestario de las Entidades locales (destinado justamente a reforzar el papel de la función interventora y asegurar la adecuada gestión de los fondos públicos), hace que, aun cuando no quepa descartar de plano la celebración de un contrato como el que nos ocupa, a nuestro juicio, se requiera, a la vista de los arts. 28.1 y 118.1 LCSP'17, un especial esfuerzo de motivación y justificación de su necesidad para el cumplimiento y realización de los fines del Ayuntamiento. Lejos de ello, no consta en el expediente documento alguno relativo a esta *justificación de la necesidad de esta contratación* que, como detallamos en el Fundamento Sexto, es uno de los trámites previos y habilitantes de los contratos menores.

2. En todo caso, a criterio de este Consejo, es claro que la aceptación por el Alcalde de la oferta contractual de la mercantil constituye un auténtico **acto administrativo de adjudicación de un contrato también administrativo**. Y ello es así, por graves que sean los vicios que aquejen -lo anticipamos ya- a este acto.

De un lado, siendo un contrato de servicios y dado su valor estimado, a tenor del art. 124.4 LBRL y la DA 2º LCSP'17, el Alcalde es, en este caso, el órgano de contratación. De otro, la mercantil interesada, a través de su oferta contractual, manifiesta su voluntad o intención de concertar con el Ayuntamiento un determinado contrato. La aceptación de este, por parte del Alcalde, en representación del Ayuntamiento, manifiesta a su vez la

voluntad de aceptarlo en los términos y condiciones ofertados. El contrato quedó, por tanto, perfeccionado.

3. De todo lo anterior, resulta que, en este caso, existió una adjudicación contractual por parte del Alcalde, 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.

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'15 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 LPAC'15, por preverlo así los arts. 4.1.g) y 53 LBRL.

Cuarto

Nulidad de pleno Derecho

A nuestro juicio, es evidente que el acto de adjudicación del contrato para la realización de un informe de revisión de cuentas del Ayuntamiento es nulo de pleno Derecho, como expondremos en este dictamen, por las siguientes razones que resumimos ahora para mayor claridad expositiva:

-La regulación legal de los contratos menores exige que su acto de adjudicación venga precedido de unos trámites previos.

-Esos trámites previos son: i) la emisión de un *informe justificativo de la necesidad* de contratar; ii) la *acreditación de que no se fraccionan indebidamente contratos* para eludir los procedimientos ordinarios de contratación; y iii) la *aprobación del gasto*.

-La Corporación local adjudicó el contrato analizado sin observar *ninguno* de esos trámites previos.

-La omisión total del procedimiento establecido para la adjudicación vicia de nulidad el acto mismo de adjudicación y, con él, el contrato administrativo así adjudicado.

A ello hay que sumar la nulidad adicional de esta contratación resultante de la carencia de crédito presupuestario al respecto.

Quinto

La carencia o insuficiencia de crédito

No es algo extraño que, a la causa de la nulidad consistente en haberse prescindido de forma radical del procedimiento legal de contratación (art. 47.1.e LPAC'15), se una, como ocurre en este caso, la específicamente prevista por el art. 39.2 b) LCSP'17, en relación con el art. 46 LGP'03 (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), a cuyo tenor: *“serán igualmente nulos de pleno Derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: b) la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la LGP'03 o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”*. Por su parte, el art. 173.5 LHL'04 (Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por RD-Leg 2/2004, de 5 de marzo), establece que *“no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”*.

Resulta así que, en circunstancias ordinarias, la celebración de cualquier contrato por la Administración viene condicionada por la existencia de una previa consignación presupuestaria para ese fin, determinando su ausencia la nulidad de pleno Derecho del contrato (por todas, STS de 31 de enero de 1990).

En el caso que nos ocupa, se ha constatado, justamente, que *“la contratación del trabajo se hace sin que exista partida presupuestaria para esa finalidad”* (cfr. informe de 15 de octubre de 2019, del Secretario-Interventor del Ayuntamiento), lo que obliga a concluir ya, desde esta perspectiva, en la nulidad de la adjudicación y del contrato resultante.

Sexto

La regulación legal de los contratos menores en la LCSP'17

Para analizar si el acto de adjudicación del contrato de servicios adolece de algún vicio, es preciso examinar cuáles son los trámites que debería haber observado el órgano de contratación con el fin de poder emitir tal acto válidamente. Ello, a su vez, exige examinar el régimen jurídico de los contratos menores en la LCSP'17, que se contiene, primordialmente, en sus arts. 36, 37, 118 y 153.

1. Contenido del expediente de contratación en los contratos menores: los trámites *previos* y *habilitantes* del acto de adjudicación.

Bajo la rúbrica “*expediente de contratación en los contratos menores*”, la redacción original del art. 118 LCSP’17 disponía que:

“1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal. En los contratos menores, la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan. (...)”

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º.”

Esta última exigencia (la acreditación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que superen la cifra de 15.000 euros) ha sido suprimida por el RDL 3/2020, que, como hemos señalado, no es de aplicación al contrato objeto de este dictamen.

Como hemos expuesto en otros dictámenes (por todos D.15/20) “*tratándose de los contratos menores, la Administración ve notablemente aligeradas las exigencias formales del expediente de contratación, aunque las tiene (según el contenido que a las mismas confiere el art. 118.1. inciso segundo, LCSP’17)*”. En efecto, frente a las reglas generales de la contratación administrativa, en los contratos menores el expediente de contratación se ve notablemente reducido o simplificado, sí, pero ello no supone que pueda prescindirse de su tramitación ni que el acto de adjudicación no deba venir precedido de ciertos trámites, que deben ser *anteriores* al acto adjudicatorio, y que operan como *presupuestos habilitantes* del mismo.

Esos trámites, como se ha señalado, son tres: i) la **justificación de la necesidad** del contrato; ii) la **aprobación del gasto**; y iii) la **acreditación de que no se altera fraudulentamente el objeto** del contrato. La Junta de Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) ha sostenido este mismo criterio, entre otros, en su Informe núm. 40/2018, de 10 de diciembre, donde razona que el art. 118.1 LCSP’17:

“...parte de la existencia de un expediente de contratación, si bien de tramitación muy reducida, en los contratos menores. A tal expediente deben incorporarse, por mandato legal imperativo: i) el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del gasto; ii) la aprobación del gasto; y

iii) la factura correspondiente a la prestación ya realizada(...); iv) finalmente, conforme al art. 118.3º LCSP'17 deberá incorporarse al expediente la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, esto es, que no hay un fraccionamiento ilícito de su objeto para burlar los umbrales legalmente previstos en los términos que ya fijamos en nuestro Informe 41/2017. **Tanto este último requisito como los enumerados anteriormente, con excepción de la incorporación de la factura al expediente, deben ser previos a la realización de la prestación. Por tanto (...), los apartados primero y tercero del artículo 118 regulan trámites que deben realizarse con carácter previo a la ejecución del contrato, ya que se refieren, respectivamente, a la justificación de la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante ese contrato y a su incardinación en el interés público que cualquier entidad del sector público debe servir, al acto de gestión financiera por el que se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin el crédito presupuestario correspondiente, y a la propia justificación de la no alteración fraudulenta del objeto del contrato, aspectos todos ellos que determinan que pueda tramitarse el contrato menor.**”

En efecto, desde un punto de vista *cronológico*, y como señala la JCCA en el informe citado, de entre los documentos que necesariamente han de integrar el expediente de contratación *ex art. 118.1 LCSP'17*, tres de ellos encarnan sendos trámites que deben producirse *antes* del acto de adjudicación (la **aprobación del gasto**, la **justificación de la necesidad** de la contratación y la **justificación de que no se fracciona** indebidamente el contrato); mientras que un cuarto (la emisión de la **factura** por el contratista) sólo puede producirse *después* de la adjudicación del contrato y de la ejecución de la prestación.

2. Análisis de los trámites previos y habilitantes.

Pues bien, centrándonos en los trámites *previos* y *habilitantes* del acto de adjudicación, la razón de ser de esos trámites y su relevancia, saltan inmediatamente a la vista, ya que son los *mínimos imprescindibles* para garantizar que, por simplificada que sea la adjudicación y celebración de contratos menores, también, al hacer uso de este tipo contractual, las Administraciones públicas se ajustan a los principios que deben regir toda actuación administrativa y a los estándares constitucionales en materia de gasto público: el principio de legalidad (art. 9.1 y 9.3 CE), la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), la eficiencia y economía en la utilización de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y el respeto al principio de legalidad presupuestaria (art. 134, en relación con los arts. 137 y 140, CE). En efecto:

1/ La justificación de la necesidad de la contratación.

Por lo que hace al *informe justificativo de la necesidad de la contratación*, es evidente que todo gasto público debe destinarse a la satisfacción de los intereses generales (arts. 31.2 y 103.1 CE), por lo que todo contrato administrativo ha de ordenarse a la satisfacción de las necesidades y fines propios de la Administración contratante.

Esta misma idea la expresa el art. 28 LCSP'17, que establece, como principios generales de la contratación de las entidades del Sector público, los de necesidad, idoneidad y eficiencia, indicando el art. 28.1 que: “*las entidades del Sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales*”.

En línea con lo razonado por la JCCA y, si bien se observa, el informe justificativo al que se refiere el art. 118.1 LCSP'17 es el documento escrito a través del cual la Administración contratante exterioriza las razones de la contratación, es decir, los motivos que le llevan a hacer uso de fondos públicos para la construcción de una determinada obra o la recepción de un concreto servicio o suministro; por lo que, en definitiva, a través de ese trámite del procedimiento de contratación, se hacen efectivos los principios constitucionales aludidos.

Aclarada la *relevancia* de ese trámite, es evidente también el *momento* en el que debe emitirse el informe. Resulta absurdo pensar que, a la Administración, la necesidad de contratar se le suscite después de la contratación, por lo que es claro que esa necesidad debe ser *anterior* en el tiempo a la contratación misma.

Ello supone, a su vez que, el órgano de contratación, antes de adjudicar el contrato menor, está en condiciones de: i) explicitar, en un documento escrito, las razones por las que necesita contratar una determinada obra servicio o suministro para la satisfacción de un interés público,; y ii) concretar, conforme a sus necesidades, las características específicas, cualitativas y cuantitativas, de la prestación objeto del contrato que necesita celebrar (por ejemplo, la clase y cantidad de productos cuyo suministro requiere).

Obvia decir, en definitiva, que ese documento escrito puede y debe emitirse necesariamente *antes* de la adjudicación y perfección del contrato, no *después*. Y así lo ha manifestado categóricamente la JCCA en su precitado Informe de 10 de diciembre de 2018.

Para apreciar el carácter esencial del trámite consistente en la emisión de un informe *previo* de necesidad, basta con observar que, a través de ese informe previo, se evitan posibles prácticas fraudulentas, como la de justificar *a posteriori* una contratación realizada, de modo que la descripción de las necesidades preexistentes se acomode a la prestación efectivamente contratada.

2/ La justificación de que no se fracciona el objeto del contrato.

También es clara la importancia de *justificar que el objeto contractual no se fracciona artificialmente* para eludir las reglas ordinarias de contratación.

Como más adelante se expondrá, en los contratos menores, el órgano de contratación puede adjudicar directamente el contrato a un empresario determinado (art. 131.3 LCSP'17), lo que permite suprimir el principio general de concurrencia o “*de libertad de acceso a las licitaciones*” (art. 1.1 LCPS'17). Por ello, parece lógico exigir que la Administración contratante motive que, por razón del objeto real del contrato y de su valor estimado, está habilitada para hacer uso de ese específico cauce de contratación; así como que razone que no está segmentando fraudulentamente el objeto del contrato, sino que éste responde a una auténtica “*unidad funcional*” (art. 101.6 LCSP'17).

Al respecto, la JCCA ha advertido que debe evitarse “*un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar a los umbrales establecidos en la Ley*” Por todos, Informe núm. 45/2018, de 2 de julio, y los en él citados. En parecidos términos, puede citarse el Informe núm. 1.189, de 22 de diciembre de 2016, del Tribunal de Cuentas (BOE núm. 107/2017, de 5 de mayo).

Por otro lado, la exigencia formal de que esa justificación se exteriorice *previamente* a la contratación se impone al órgano de contratación con un doble propósito: i) *garantizar ex ante* que sólo se tramiten como contratos menores aquellos que efectivamente puedan acogerse a ese cauce contractual; y ii) *prevenir* que lleguen a consumarse situaciones ilícitas, como se produciría si se adjudicase directamente un contrato a un empresario y posteriormente, cuando la prestación haya sido ejecutada, se advirtiese que el objeto contractual ha sido seccionado indebidamente y que el contrato hubiera debido adjudicarse mediante los procedimientos ordinarios.

A esta misma finalidad respondía la prohibición legal de adjudicar, a un mismo empresario, contratos menores por importe total superior o igual a los umbrales establecidos por el art. 118.1 LCSP'17, antes de su supresión por el RDL 3/2020.

3/ La aprobación del gasto.

En los contratos menores, el expediente de contratación debe integrar también la *documentación que acredite la aprobación del gasto*. En efecto, el expediente de ejecución del presupuesto de gastos no es sino el procedimiento administrativo (si se quiere, accesorio o vinculado al procedimiento principal que, en este caso, es el de contratación) a través del cual se hacen efectivas, con cargo a los créditos correspondientes del presupuesto municipal, las obligaciones económicas que para la entidad local dimanaban del contrato administrativo.

Las fases que integran la ejecución del presupuesto de gastos son las contempladas por el art. 184.1 LHL'04 (Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por RD-Leg 2/2004, de 5 de marzo), desarrollada, en este punto, por el RD 500/1990, de 20 de

abril: i) la **autorización o aprobación del gasto** (fase “A”); ii) el **compromiso o disposición del gasto** (fase “D”); iii) el **reconocimiento de la obligación** (fase “O”); y iv) la **ordenación del pago**.

De entre esas fases, lo que exige el art. 118.1 LCSP’17 como integrante del expediente de contratación es la **“aprobación”** o **“autorización del gasto”** (art. 184.1.a) LHL’04) que es: *“...el acto mediante el cual se acuerda la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario”*. Esa autorización *“constituye el inicio del procedimiento de ejecución del gasto, si bien no implica relaciones con terceros externos a la Entidad local”*. Así define esta fase el art. 54 del RD 500/1990, en términos idénticos a como lo hacen los arts. 73.1.a) y 73.2 LGP’03 (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria) y los arts. 65.1.a) y 65.2 LHR’13 (Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda de La Rioja).

Distinta de la **“autorización”** o **“aprobación”** del gasto es la fase de **“compromiso o disposición del gasto”**, que (arts. 184.1.b) LHL’04 y 56 RD 1900/1990) *“...es el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos, previamente autorizados, por un importe exactamente determinado”* y que, a diferencia de lo que acontecía con la autorización o aprobación *“es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Entidad local a la realización de un gasto concreto y determinado tanto en su cuantía como en las condiciones de ejecución.”* En el mismo sentido, los arts. 73.1.b) y 73.3 LGP’03 y 65.1.b) y 65.3 LHL’13.

Cuando el procedimiento de ejecución del gasto deriva de un contrato administrativo, la fase de **“disposición o compromiso”** del gasto, que entraña ya relevancia frente a terceros, coincide, en principio, con el momento de adjudicación o con el de perfección del contrato (cfr., en tal sentido, el art. 62.5 de la Instrucción de la operatoria contable a seguir en la ejecución de gasto del Estado (aprobada por Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de febrero de 1996, BOE núm. 34, de 08/02/1996); o, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR), el art. 6.2 del Decreto 9/2015, de 27 de febrero, por el que, entre otros aspectos, se desarrolla la gestión y ejecución del presupuesto de gastos.

Ordinariamente, la fase de autorización o aprobación (fase “A”), es anterior a la de compromiso o disposición (fase “D”), si bien la propia LHL’04 (art. 184.2) prevé que las entidades locales, *“en la forma que reglamentariamente se establezca”*, abarquen *“en un solo acto administrativo dos o más fases del presupuesto de gasto de las enumeradas en el apartado anterior.”* A su vez, el Reglamento de desarrollo de la LHL’04 dispone que esa acumulación puede unificar las fases de **“autorización-disposición”**, y las de **“autorización-disposición-reconocimiento de la obligación”** (art. 67 RD 500/1990);

siendo las entidades locales, de acuerdo con esas limitaciones, las que, “*deberán establecer en las bases de ejecución del presupuesto los supuestos en que, atendiendo a la naturaleza de los gastos y a criterios de economía y agilidad administrativa, se acumulen varias fases en un solo acto administrativo*” (art. 68.1 RD 500/1990).

En todo caso, cualquier operación de “*autorización de gasto*” requiere, con arreglo al art. 31.1 RD 500/1990, una previa “*retención de crédito*” (RC), que es “*el acto mediante el cual se expide, respecto al de una partida presupuestaria, certificación de existencia de saldo suficiente para la autorización de un gasto ... por una cuantía determinada, produciéndose por el mismo importe una reserva para dicho gasto ...*”.

Es lógico que sea así. El principio de legalidad presupuestaria entraña una limitación cuantitativa de cada crédito presupuestario, su vinculación al cumplimiento de unas determinadas finalidades (limitación cualitativa), y su vigencia temporal constreñida a un año (limitación temporal); lo que conlleva la exigencia de que todo órgano gestor (en este caso, el órgano de contratación) deba comprobar, antes de comenzar a tramitar un expediente de gasto, si existe siquiera saldo suficiente en el concreto crédito presupuestario destinado a la satisfacción de las necesidades que, con el contrato, se pretenden subvenir.

A ese trámite se ordena la obtención de un “*certificado de existencia de saldo*”, que, cuando es positivo, entraña también una *retención* de crédito, es decir una *reserva*, por ese importe, para ese gasto que se pretende acometer, y con cargo al saldo disponible del crédito presupuestario de que se trate (art. 31.1 RD 500/1990).

En cualquier caso, sin perjuicio de la referida posibilidad de acumular fases en la ejecución del presupuesto de gastos, de lo que no podía abstraerse la Alcaldía es de su obligación *previa* de haber solicitado un certificado de **existencia** de crédito, y de haber precavido la oportuna **retención** de crédito, esto es, la *reserva* de una cantidad determinada, o determinable, con cargo a la partida presupuestaria correspondiente del presupuesto 2019.

Pues bien, nada de esto se ha verificado en la contratación que examinamos. La Alcaldía no solicitó la obtención de un certificado de *existencia*, en el presupuesto de 2019, de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones económicas que habrían de dimanar de aquel contrato; ni tampoco se practicó la consiguiente operación contable de *reserva* o *retención* de crédito que garantizase que, cuando se autorizase y comprometiese el gasto, y cuando más adelante se reconociera la obligación, pudiera hacerse frente al pago con cargo a la aplicación presupuestaria debida. De hecho, de haberse producido, se habría constatado, con carácter *previo* a la contratación, la *inexistencia* en el presupuesto municipal de crédito adecuado y suficiente y, por ende, la

conurrencia de la causa de nulidad adicional tipificada por el art. 39.2.b) LCSP'17, en relación con el art. 46 LGP'03 (cfr. Fundamento Quinto).

3. Especialidades en materia de *adjudicación* de los contratos menores.

Si, como regla general, los contratos de las Administraciones públicas se adjudican mediante procedimientos de concurrencia competitiva (procedimientos abierto, restringido, negociado, o de diálogo competitivo), el art. 131.3. LCSP'17 establece, sin embargo, que *“los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación”*.

Esto supone que, en los contratos menores, el legislador no exige que se tramite un procedimiento previo de adjudicación en el que participen varios licitadores (aunque tampoco lo impide), sino que permite que el contrato sea *directamente* adjudicado a un empresario determinado. Si se prefiere, esta misma idea puede expresarse señalando que, en los contratos menores, el trámite de adjudicación puede quedar válidamente reducido al acto administrativo mismo de adjudicación directa, y a su comunicación al contratista seleccionado por la Administración contratante.

Con todo, no podemos dejar de advertir aquí que, aunque no sea una exigencia impuesta imperativamente por el legislador, sí constituye, cuando menos, una buena práctica administrativa la de que el órgano de contratación, con el fin de hacer más efectivo el principio de concurrencia, solicite al menos tres ofertas, salvo cuando justificadamente ello no sea posible. Así lo ha establecido el Apartado III.4 Instrucción 1/2019, de 28 de febrero (BOE de 7 de marzo), dictada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCO), en el ejercicio de las funciones y con el alcance vinculante que le atribuye el art. 332.7.d) LCSP'17. Este Consejo Consultivo estima oportuno incidir en este aspecto, aun cuando no tenga carácter obligatorio para el Ayuntamiento (art. 332.7.d) *in fine* LCSP'17, *a contrario sensu*, y Apartado VII de la Instrucción).

Acertadamente así, en este punto, consta en el expediente la solicitud del Alcalde de las tres ofertas contractuales referidas. No pudiendo entrar este Consejo a determinar, con los datos obrantes en el expediente, si éstas se realizaron de forma fraudulenta, ajustando de antemano sus importes con las empresas ofertantes, *“al precio máximo que el Alcalde podía contratar”* y, deliberadamente, en una cuantía muy superior a la del mercado (Cfr. informe de Intervención de 15 de octubre de 2019 y Resolución de la Alcaldía de 24 de enero de 2020)

Por otra parte, el hecho de que el contrato menor pueda adjudicarse *directamente* a un empresario concreto (que, en todo caso, debe tener la capacidad y habilitación

necesarias), no supone que no exista, como tal, un *acto administrativo de adjudicación*. Ese acto adjudicatorio, entendido (como se ha aclarado anteriormente, ex arts. 150.1 y 151 LCSP'17) como una declaración de voluntad, emitida por el órgano de contratación, en ejercicio de sus competencias administrativas, en virtud de la cual selecciona a un particular para la realización de prestaciones propias de un contrato administrativo, constituye un presupuesto necesario para la propia existencia del contrato mismo, pues, a través del acto adjudicatorio, se expresa la voluntad contractual de la Administración.

Esto dicho, es necesario aclarar que, en el caso de los contratos menores, aunque siempre haya de existir un *acto administrativo de adjudicación*, no se requiere que ese *acto* se documente por *escrito*. Según hemos indicado ya, el art. 36.1 LPAC'15 admite la existencia de actos administrativos expresados en forma *verbal*. Y, por otra parte, los arts. 118.1 y 153.2 LCSP'17, admiten ser interpretados en el sentido de que no es obligatorio que el acto por el que se adjudica un contrato menor se emita en forma escrita. Según el art. 153.2 LCSP'17, la existencia de los contratos menores puede acreditarse simplemente mediante los documentos a que se refiere el art. 118.1 LCSP'17, precepto que, por su parte, al enumerar los documentos que necesariamente han de integrar el expediente de contratación, no incluye mención alguna al documento en el que se formalice la resolución adjudicatoria.

En cualquier caso, como ya hemos visto, en la contratación que nos ocupa, el acto de adjudicación está documentado por escrito, si bien el problema es que no se ha acompañado de documento alguno a fin de satisfacer las exigencias examinadas del art. 118.1 LCSP'17.

4. Especialidades en materia de *perfección* y *documentación* de los contratos menores.

Otra especialidad inherente al régimen jurídico de los contratos menores es la que afecta a su *perfección*. Ordinariamente, una vez dictado el acuerdo de adjudicación, los contratos administrativos celebrados por las Administraciones públicas, se perfeccionan "*con su formalización*" (art. 36.1 LCSP'17), la cual, a su vez, tiene lugar (arts. 37.2 y 153.1 LCSP'17) mediante la redacción de un "*documento administrativo*" o el otorgamiento de una "*escritura pública*" (art. 153.1 LCSP'17), a cuya suscripción por los contratantes el legislador atribuye una eficacia *constitutiva*, pues con ella se entiende perfeccionado el contrato y nacido a la vida jurídica.

Por el contrario, los contratos menores no se perfeccionan "*con su formalización*" (art. 36.1 LCSP), por lo que, a falta de una previsión normativa más específica (que la LCSP'17 no contiene), la perfección de los contratos menores tiene lugar cuando se produzca el "*consentimiento de los contratantes*", esto es, "*el concurso de la oferta y de la*

aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” (art. 1261.1º y 1262 Cc).

Este consentimiento mutuo no tiene que constar necesariamente por escrito en un “*documento*” en el que se formalice el contrato (al modo exigido por el art. 153.1 LCSP’17), sino que puede expresarse de las más variadas formas: intercambio de documentos, de *palabra*, o incluso por actos *tácitos* de significado concluyente (*facta concludentia*).

Ahora bien, esto no supone que, en los contratos menores, las Administraciones públicas contraten “*verbalmente*”, algo que está limitado a los contratos de emergencia del art. 120 LCSP’17 (art. 37.1 LCSP’17). En los contratos menores, a diferencia de lo que acontece con los contratos de emergencia, la regla general de la contratación escrita no queda *suprimida*, sino solamente *matizada* o *modulada*, pues la existencia y contenido de los contratos menores no se acredita (al menos, no necesariamente) mediante el documento administrativo regulado por el art. 153.1 LCSP’17, sino de otra forma: a través del conjunto de documentos a los que alude el art. 118 LCSP’17, que imperativamente han de integrar el expediente de contratación.

Dicho lo cual, cabe reiterar que el contrato sometido ahora a nuestro dictamen no presenta, en cuanto a su perfección, problema alguno, en tanto que se expuso a través de la aceptación firmada del Alcalde, de la oferta contractual escrita presentada por la mercantil.

5. Especialidades en el inicio de la ejecución de los contratos menores.

Las especialidades examinadas afectan también al *momento* a partir del cual pueden comenzar a ejecutarse los contratos menores. A este respecto, el art. 153.6 LCSP’17 establece un principio general, según el cual “*no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización*”. Pues bien, como no puede ser de otro modo, el propio art. 153.6 LCSP’17 dispone que esa regla se entiende “*sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 para los contratos menores*”.

Es lógico que sea así, ya que los contratos menores no se perfeccionan por su formalización, por lo que no puede regir la regla según la cual la formalización del contrato (y, con ella, su perfección) *precede en el tiempo* a su ejecución.

En una comprensión lógica de las cosas, los contratos menores sólo pueden comenzar a ejecutarse cuando, una vez *adjudicados*, hayan sido *perfeccionados*, pero en el buen entendimiento de que, tanto la *adjudicación*, como la *perfección* (consentimiento de los contratantes) puede incluso manifestarse en forma *verbal*.

Con ello, quiere salirse al paso de una posible interpretación equivocada de los arts. 118.1 y 153.2 LCSP'17. Ciertamente, la existencia de los contratos menores puede acreditarse mediante los documentos del art. 118.1 LCSP'17, y, entre esos documentos, se encuentra la “*factura*” que ha de expedir el contratista. Pero ello no debe conducir al error de pensar que el contrato no queda perfeccionado hasta que se emita tal factura. Ello sería absurdo: la factura se emite *a posteriori*, esto es, *como consecuencia de* la realización de una obra, servicio o suministro realizados ya por el contratista. Y, a su vez, la realización de esa obra, servicio o suministro trae causa de la previa existencia de un contrato administrativo, que, precisamente porque ya ha sido perfeccionado, obliga al contratista a ejecutar esas prestaciones. Siendo ello así, como es evidente, la factura no puede sino emitirse con *posterioridad a la perfección* del contrato administrativo, no antes. Con mucho mayor motivo, la factura, aunque se incorpora al expediente de contratación, es un documento que el contratista gira después del *acto de adjudicación*, no *antes*.

En este mismo sentido, la JCCA, en su Informe núm. 40/2018, de 10 de diciembre, razona que, a diferencia del resto de documentos a que se refiere el art. 118.1 LCSP'17, “*la factura documenta la prestación realizada y su importe*”, por lo que “*no puede ser previa ni a la aprobación del gasto ni a la realización de la prestación, sino que será siempre posterior.*” Por ello mismo, la expedición de la factura no constituye un requisito *previo y habilitante* del acto de adjudicación del contrato. Y ello, a diferencia de lo que sucede con los restantes documentos a los que se refiere el art. 118.1 LCSP'17, que, como de seguido veremos, sí deben emitirse *antes* de la adjudicación.

6. Recapitulación.

De cuanto acabamos de exponer puede extraerse ya que, en la ordenación lógica del procedimiento de contratación en los contratos menores, el acto de adjudicación debe venir precedido: **i)** de la emisión de un *informe justificativo de la necesidad de contratar*, que determine las características cualitativas y cuantitativas de la prestación (obra, servicio o suministro); **ii)** de la *justificación de que no se ha alterado fraudulentamente el objeto el contrato, y de que no se han adjudicado al mismo empresario contratos menores por importe igual o superior al umbral establecido* por el art. 118.1 LCSP'17; **iii)** y de la *aprobación del gasto*, en los términos que, para cada tipo de gasto establezca la legislación presupuestaria.

Por otra parte, esos trámites no son solamente *previos* (en el tiempo) al acto de adjudicación, sino que operan como *presupuestos habilitantes* sin los cuales el órgano de contratación no puede dictar el acto adjudicatorio.

Séptimo

Causas de nulidad de pleno Derecho de los contratos administrativos en la LCSP'17

1. Las causas de nulidad 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. 39.1 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, acarreará también, inevitablemente, la del contrato mismo, tal como expresa el ya citado art. 39.1 LCSP'17.

El apartado segundo del art. 39 LCSP'17 prevé, además, específicamente otras causas de nulidad contractual (*“serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes”*), entre las que, por lo que ahora nos interesa, se encuentra, según el art. 39.1b) LPAC'15, *“la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”*.

2. La concurrencia de dos causas de nulidad en este caso.

Hemos examinado y determinado ya, en el Fundamento Quinto, la concurrencia en este caso de la causa de nulidad prevista en el art. 39.2 b) LCSP'17 (*“carencia o insuficiencia de crédito”*), si bien, en este caso, al ser dicha existencia de crédito uno de los requisitos *esenciales* para contratar, debemos considerar dicha causa de nulidad reconducida a una anterior y más radical, cual es la de haber prescindido total y absolutamente, no sólo de este requisito, sino de todo otro trámite propio del procedimiento contractual.

En efecto, a la inexistencia de crédito debemos añadir: **i)** que el acto de adjudicación contractual 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 igualmente la nulidad del acto de adjudicación, conforme al art. 47.1.e) LPAC'15.

Repárese en que no nos hallamos ante un supuesto en el que la Administración local omitiera alguno de esos trámites previos. Si tal hubiera sido el caso, ello nos habría obligado a analizar si el trámite o trámite preteridos tenían o no la condición de *esenciales* a tal punto que su omisión pudiera considerarse equivalente a la de la ausencia total de procedimiento.

Pero, se insiste; no es ese el escenario que nos ocupa. La Alcaldía, sencillamente, no realizó, en este caso, ninguno de esos trámites, limitándose a aceptar, directamente, una de las ofertas contractuales presentadas.

En tales condiciones, es obvio que el acto de adjudicación es nulo de pleno Derecho por haberse “*dictado prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido*”, esto es, sin el respaldo de un procedimiento de adjudicación y, yendo más allá, sin la tramitación y aprobación siquiera de un expediente de contratación (arts. 116 y 117 LCSP'17), ni aun en los limitados términos con que lo configura, para los contratos menores, el art. 118.1 LCSP'17.

3. Imposibilidad de dar a este contrato la tramitación propia de los contratos de *emergencia*.

A criterio de este Consejo Consultivo es también evidente que, en el caso analizado, la Corporación local no estaba habilitada para dar al contrato la “*tramitación de emergencia*” regulada por el art. 120 LCSP'17.

El art. 120 LCSP'17 (“*Tramitación de emergencia*”) permite a los poderes adjudicadores, en ciertos supuestos, prescindir de “*la obligación de tramitar un expediente de contratación*”, así como “*ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley*”.

La *tramitación de emergencia* no constituye, en rigor, un *tipo de procedimiento de adjudicación contractual*, sino un *régimen excepcional de contratación* que, bajo ciertas circunstancias, exonera a la Administración de su obligación general de aprobar un expediente de contratación, y que, además, frente a lo que es también una regla general, le

permite adjudicar libremente un contrato, “*sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley*”.

Como es evidente, ese régimen especial sacrifica los principios generales que rigen la contratación pública (“*libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores*”, cfr. art. 1.1. LCSP’17), por lo que, las disposiciones que lo regulan, que son auténticas *normas excepcionales*, deben interpretarse bajo un prisma decididamente restrictivo (art. 4.2 Cc).

Sirvan las anteriores consideraciones para aclarar que, en el caso analizado, la Administración local no se hallaba en el supuesto fáctico que le hubiera habilitado a hacer uso de ese régimen excepcional, pues no se encontró sorpresivamente ante el deber de “*actuar de manera inmediata*” por causa de “*acontecimientos catastróficos*”, o de una “*necesidad sobrevenida*” (arts. 120.1 y 120.1-a LCSP’17), que no hubiera previsto o podido prever.

Es más, como se ha puesto de manifiesto en el expediente, el concreto objeto material de ese contrato (realizar, al margen de los controles normativamente previstos, un informe sobre las Cuentas Generales del Ayuntamiento de dos ejercicios pasados), podría hacer incluso discutible su propia necesidad y justificación ordinaria.

4. Recapitulación.

Como resumen de lo razonado hasta ahora, puede concluirse que el acto de adjudicación del contrato fue nulo de pleno Derecho, por haberse dictado prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido, conforme al art. 47.1.e) LPAC’15, en relación con los arts. 38.b) y 39.1 LCSP’17. Ello, como veremos a continuación, determina la nulidad del contrato mismo, que resulta igualmente nulo por carencia de crédito, conforme al art. 39.2 b) LCSP’17.

Octavo

Consecuencias de la nulidad del acto de adjudicación del contrato objeto de este dictamen.

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, *“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- 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 eventual 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.

Noveno

Cuestiones de competencia y procedimiento de la revisión de oficio y la liquidación del contrato

1. Cuestiones de competencia.

Corresponden al Alcalde, “Las facultades de revisión de oficio de sus propios actos”, a tenor del art. 124.4-m) LBRL.

Por otro lado, no tratándose Tricio de un municipio de gran población, ni siendo el valor estimado del contrato de servicios superior al 10 % de los recursos ordinarios de su presupuesto o, en cualquier caso, de seis millones de euros, las *competencias en materia de contratación*, y muy en particular, la condición de *órgano de contratación* corresponde a su Alcalde (DA. 2ª.1 LCSP ´17).

En suma, el Alcalde es el titular de la *competencia para contratar y para revisar de oficio* el acto de adjudicación, lo que lleva ínsita también la *facultad*, en caso de declaración de nulidad, *de liquidar el contrato* y, en su caso, *determinar la correspondiente indemnización* por perjuicios. La norma atributiva de tal facultad es, a falta de otra más expresa, el art. 124.4-n) LBRL, que incluye, entre las funciones del Alcalde, la “*autorización y disposición de gastos en las materias de su competencia*”.

2. 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”*.

Con todo, en el caso aquí analizado, no resulta posible tramitar y resolver simultáneamente la revisión de oficio y la fijación de la indemnización, dado que al expediente revisor no se han incorporado los antecedentes necesarios para que el órgano competente pueda pronunciarse sobre la procedencia y el importe de la indemnización.

No consta así ninguna factura en relación con los servicios prestados, y la mercantil no ha realizado ninguna alegación en relación con sus servicios y la facturación correspondiente, de manera que cabe razonablemente concluir que no se ha realizado ninguno de los servicios previstos en el objeto del contrato.

Décimo

Naturaleza de la suma que debe indemnizarse

1. A pesar de que, en este caso, hemos descartado la posibilidad de simultanear la revisión de oficio y la compensación o resarcimiento por los trabajos realizados, conviene recordar que, la indemnización eventualmente fijada en este ámbito no tendría la condición de *precio de un contrato*, sino que obedecería 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'17, 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.

Desde una óptica presupuestaria, ese acuerdo municipal entrañará, dentro de las fases del procedimiento de ejecución del presupuesto de gastos, un acto autónomo de "*reconocimiento o liquidación de la obligación*" (art. 184.1-d) LHL'04 (Ley de Haciendas locales, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), en relación con los arts. 73.1.c) y 73.4 LGP'03 (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria), así como con los arts. 65.1.c) y 65.4 LHR'13 (Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda de La Rioja).

2. La circunstancia de que el acuerdo de adjudicación de un contrato sea nulo acarrea una serie de consecuencias sustantivas y procedimentales, debiendo incidirse en que nuestro ordenamiento jurídico (art. 42 LCSP'17) establece un *mecanismo específico de reacción* frente a estos supuestos de hecho, que debe diferenciarse de otras instituciones jurídicas y de otros procedimientos administrativos diferentes, tales como: i) la *responsabilidad patrimonial* de la Administración; ii) los *procedimientos de convalidación de gastos* o; iii) los *procedimientos de reconocimiento extrajudicial de créditos* (cfr, en extenso, nuestro dictamen D.5/20).

Además, y como es evidente, si el acto de adjudicación de un contrato es nulo de pleno Derecho por incurrir en alguna de las causas tasadas por los arts. 47 LPAC'15 o 39 LCSP'17, tal nulidad constituye una circunstancia objetiva e indisponible para la Administración. Por ello y como es lógico, ese vicio es *insubsanable* y el acto mismo no resulta susceptible de *convalidación* o *sanación* (cfr. art. 52.1 LPAC'15, *a contrario sensu*).

A partir de ahí, detectada la causa de nulidad, la Administración deberá imperativamente ejercer su potestad revisora (arts. 106 y ss. LPAC'15), salvo que concurra alguna de las causas que, conforme al art. 110 LPAC'15, operan como límites a las facultades de revisión, y sin perjuicio de que esa nulidad pueda, además, denunciarse por los particulares a través de la vía de los recursos administrativos. Va de suyo que el procedimiento a través del cual ha de ejercerse esa potestad revisora es el regulado por los arts. 106 y ss. LPAC'15.

En fin, los efectos del ejercicio de esa potestad revisora son los que tasa y determina el ya analizado art. 42 LPAC'15. Principalmente, la nulidad del propio contrato, su liquidación, la consiguiente restitución de las prestaciones o, subsidiariamente, de su equivalente económico, además de, en su caso, la fijación de una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido la parte que no sea culpable de la nulidad del contrato.

CONCLUSIONES

Primera

El Ayuntamiento de Tricio, al encargar a la mercantil precitada la realización de un *Informe de revisión de las Cuentas Generales del Ayuntamiento de los ejercicios 2009 y 2017* prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, dictó un acto de adjudicación contractual nulo de pleno Derecho, cuya nulidad acarrea también la del contrato mismo.

Segunda

La consecuencia de esa nulidad debe ser la liquidación del contrato, si bien, en tanto no se ha acreditado prestación alguna vinculada a éste, no procede establecer ninguna restitución o compensación económica al respecto.

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.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero