

En Logroño, a 1 de abril de 2020, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido 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. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, así como de su Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro María Prusén de Blas, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

38/20

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Logroño, a través de la Consejería de Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, sobre la *Revisión de oficio de los actos administrativos de contratación verbal del servicio de limpieza y servicios auxiliares del Espacio Lagares y del Calado de San Gregorio, a la empresa O.S.L., por un importe total de 9.280,71 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

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

1. Por Acuerdo de 30 de noviembre de 2016, la Junta de Gobierno Local (JGL) del Ayuntamiento de Logroño adjudicó a la mercantil *Osga, S.L.* un contrato administrativo para la prestación del servicio de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares* y del *Calado de San Gregorio* (en concreto, el servicio definido como Lote II). El contenido y las prestaciones de aquel contrato se describen en el informe conjunto suscrito, el 10 de octubre de 2019, por los Servicios Jurídicos y por el Gestor responsable de Comercio y Turismo de la Dirección General (DG) de Políticas Sociales, Comercio, Cultura y Turismo (DGPS) del Ayuntamiento de Logroño (fols. 19 a 24 del expediente). Ese contrato tenía una duración total de dos años, y su vigencia concluyó el 30 de noviembre de 2018.

2. Con fecha 22 de agosto de 2018 y conforme al Informe y Pliego, de 18 de julio de 2018, elaborados por la Adjunta Responsable de Compras y Servicios de la DG de

Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios (DGC), se aprobó nuevo expediente de contratación del servicio.

3. El día 10 de octubre de 2018, la DGC remite el expediente con las ofertas presentadas a la Unidad de Comercio y Turismo, para la emisión del informe técnico de valoración de las mismas. Al efecto, el 19 de octubre de 2018, el Gestor Responsable de Comercio y Turismo emitió informe-propuesta del contrato de servicio de limpieza y auxiliares de los Espacios adscritos a la citada Unidad, incluido el Lote II, referido a la limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y Calado San Gregorio*.

4. Con fecha 23 de enero de 2019, la JGL adjudicó a la mercantil precitada el Lote II del contrato de servicio de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y Calado San Gregorio*. El servicio se inició el día 1 de marzo de 2019, de acuerdo con el acta de inicio levantada al efecto, una vez transcurrido el plazo habilitado para la formalización del contrato.

5. Atendiendo a la naturaleza de los servicios, tal y como se referirá posteriormente, se acordó verbalmente la continuidad en la prestación de los mismos por parte de la empresa adjudicataria durante la tramitación de la nueva licitación, emitiéndose por la precitada empresa, conforme a los servicios prestados, las oportunas facturas, con arreglo al siguiente detalle: i) factura 1.658, de 31 de diciembre de 2018, por importe de 4.068,63 euros; ii) factura 1.659, de 31 de diciembre de 2018, por importe de 190,58 euros; iii) factura 114, de 31 de enero de 2019, por importe de 4.012,36 euros; iv) factura 115, de 31 de enero de 2019, por importe de 152,46 euros; v) factura 208, de 28 de febrero de 2019, por importe de 755,04 euros; y vi) factura 209, de 28 de febrero de 2019, por importe de 101,64 euros. El valor de las facturas resulta de las horas facturadas conforme a los precios unitarios ofertados correspondientes a cada uno de los meses de prestación del servicio, ascendiendo el importe total a 9.280,71 euros, IVA incluido, y por el período comprendido entre diciembre de 2018 y febrero de 2019.

6. En esas circunstancias, y tal como señala el informe conjunto suscrito, el 10 de octubre de 2019, por los Servicios Jurídicos y por el Gestor responsable de Comercio y Turismo de la DGPS:

“El presente supuesto es una contratación verbal a efectos de garantizar la continuidad de una prestación de servicios que debía haberse instrumentado a través del oportuno procedimiento de licitación, conforme a lo dispuesto en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP’17). Es ésta misma norma, de aplicación a las entidades locales conforme a los artículos 2 y 3, la que establece en su artículo 37 que ‘... 1. Las entidades del Sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el art. 120.1, carácter de emergencia’.

La razón por la que se comunicó verbalmente a la empresa para que continuara con el servicio fue provocada por lo siguiente: i) que se creyó erróneamente que, una vez emitido el informe

propuesta de adjudicación el 19 de octubre del 2018, por la Unidad de Turismo, estaría adjudicado el nuevo contrato con anterioridad al 30 de noviembre del 2018, por lo que no se previó la necesidad de adoptar medidas cautelares para la continuidad del anterior contrato; ii) que, por circunstancias ajenas a la Unidad de Turismo, se produjo un retraso hasta el 23 de enero de 2019, para la adjudicación, y hasta el 1 de marzo de 2019, para el inicio del servicio; y iii) que existían evidentes razones de interés público en continuar con la limpieza de los centros, puesto que de haberse interrumpido este servicio, no habrían podido funcionar los espacios, dejándose de prestar el servicio municipal en materia de turismo.

La contratación verbal y, por ende, la omisión total del procedimiento legalmente establecido para la contratación (derivada de los hechos relacionados en los Antecedentes), determina que el contrato es inválido al incurrir en vicio de nulidad de pleno Derecho”.

7. Como consecuencia de esa *contratación verbal*, la mercantil precitada continuó ejecutando prestaciones idénticas a las que habían sido objeto del contrato adjudicado en 2016: las comprendidas dentro del *Lote II* de aquel contrato de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y Calado de San Gregorio*. La realización de esas prestaciones se prolongó, al menos, durante el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 2018 y febrero de 2019 (ambos incluidos). Así queda acreditado en el expediente. En particular, en el Acuerdo de 10 de octubre de 2019, la JGL, reconoce que *los servicios (fueron) prestados entre diciembre de 2018 y febrero de 2019, a solicitud del Ayuntamiento de Logroño, como consecuencia de un encargo municipal.*

8. Por la realización de los referidos servicios de limpieza y servicios auxiliares en el periodo que va de *diciembre 2018 a febrero de 2019*, la mercantil ha girado al Ayuntamiento seis facturas (dos por cada mes), por un importe total, IVA incluido, de 9.280,71 euros. El Ayuntamiento explica que esos importes resultan *del número de horas prestadas a los precios unitarios ofertados correspondientes a cada uno de los meses de prestación del servicio*, tal y como razona el informe conjunto de los Servicios Jurídicos y la DGPS de 10 de octubre de 2019.

9. De cuanto acaba de exponerse, puede concluirse que existe plena conformidad entre el Ayuntamiento y la mercantil acerca de lo siguiente: **i)** que, concluida la vigencia del contrato adjudicado en 2016, la mercantil ha seguido prestando el servicio de de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y Calado de San Gregorio (Lote II)*, tal como lo definió aquel contrato; **ii)** que lo ha hecho por habérselo encargado verbalmente el Ayuntamiento; **iii)** que tal prestación se ha prolongado, al menos, durante el periodo comprendido entre *diciembre de 2018 y febrero de 2019*; **iv)** que esos servicios han supuesto la realización del número de horas indicadas por la mercantil en las correspondientes facturas; y **v)** que, calculado al precio/hora que rigió durante el contrato, el valor de los servicios prestados entre *diciembre de 2018 y febrero de 2019* asciende a 9.280,71 euros, IVA incluido.

Segundo

1. Como se ha señalado en el Antecedente anterior, la DGPS y la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Logroño emitieron, el 10 de octubre de 2019, un informe conjunto en el que, a la vista de las circunstancias expuestas, concluyeron que:

“El Ayuntamiento de Logroño ... deberá incoar, a través de Acuerdo de JGL, procedimiento de revisión de nulos de la contratación verbal del Servicio de limpieza y auxiliares del Espacio Lagares y Calado San Gregorio adscritos a la Unidad de Comercio y Turismo cuyos servicios se han continuado prestando generándose las correspondientes obligaciones. A estos efectos, se dará traslado del Acuerdo (que incorporará la retención de crédito por el importe de los servicios prestados) al interesado, para la realización de alegaciones, en caso de que lo estime oportuno; se dará igualmente traslado del expediente al Consejo Consultivo de La Rioja a efectos de su dictamen previo a declaración de nulidad”.

2. Sobre la base de ese informe, la JGL, por Acuerdo de 30 de octubre de 2019, dispuso iniciar el procedimiento para la revisión de oficio *de actos nulos de la contratación verbal del servicio servicio de limpieza y servicios auxiliares del Espacio Lagares y del Calado San Gregorio*, cuyo *importe asciende a 9.280 €, IVA incluido*. El Acuerdo, además de describir los antecedentes fácticos que hemos enumerado, señala que, según el informe de la Intervención municipal, de 24 de octubre de 2019, existe *crédito adecuado y suficiente, por importe de 9.280,71 euros*. Ese informe de la Intervención está incorporado al expediente (fol. 15). Por último, el Acuerdo iniciador confirió, a la mercantil interesada, un trámite de audiencia, por plazo de diez días.

3. Obra en el expediente una Diligencia de 21 de noviembre de 2019, suscrita por el Jefe de Negociado de Comercio y Turismo del Ayuntamiento de Logroño, por la que se hace constar que, *en el plazo de diez días habilitado al efecto, no se han presentado alegaciones* por al interesada al Acuerdo de la JGL de 30 de octubre de 2019.

4. Al expediente revisor, se han incorporado también las 6 facturas emitidas por la mercantil (a razón de dos por cada mes), por los servicios prestados entre *diciembre de 2018 y febrero de 2019*. En cada una de ellas, se desglosa el número de horas de servicio realizadas de cada categoría de las previstas en el contrato adjudicado en 2016; y, en función del precio/hora entonces fijado, se calcula la cantidad total en que se valora el servicio ejecutado por cada mes. La suma total de las cantidades facturadas al Ayuntamiento asciende, como ya se ha señalado, a 9.280,71 euros, IVA incluido.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 23 de enero de 2020, y registrado de entrada en este Consejo el 23 de enero de 2020, el Excmo. Sr. Consejero de Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Logroño sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 24 de enero 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 al Consejero señalado 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 Logroño ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, de los *actos administrativos de contratación verbal* del contrato reseñado. 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

La contratación verbal de nuevos servicios no constituyó una modificación del contrato administrativo adjudicado el 30 de noviembre de 2016, sino un nuevo contrato administrativo

Como consideración previa, este Consejo Consultivo estima preciso aclarar que la adjudicación verbal (a la mercantil interesada, del servicio de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y el Calado de San Gregorio*) realizada en noviembre de 2018, no puede considerarse una modificación (y, mucho menos, una modificación válida) del inicial contrato adjudicado en noviembre de 2016.

Vaya por delante que la contratación verbal de servicios analizada en este dictamen se realizó, según indica el propio informe de 10 de octubre de 2019, cuando , en noviembre de 2018, iban a concluir los servicios contratados en noviembre de 2016 y, precisamente, porque era necesario que esos servicios se siguieran prestando por parte del Ayuntamiento de Logroño.

Desde una óptica contractual, esto supone que esa nueva contratación tuvo lugar cuando ya se habían *consumado* (en noviembre de 2018) los efectos jurídicos del anterior contrato de 2016; esto es, cuando las partes se habían intercambiado ya por completo las prestaciones recíprocas a las que les obligaba el contrato de 2016.

Por tanto, una vez que se iba a extinguir aquel contrato de noviembre de 2016 por su consumación en noviembre de 2018, ya no era posible jurídicamente *modificarlo* en diciembre de 2018, fecha en la que comenzaron a prestarse los nuevos servicios, pues sólo es posible *modificar* un vínculo contractual que, en el momento de la modificación, esté vigente.

En suma, lo celebrado tras la consumación en noviembre de 2018 del contrato de servicios de noviembre de 2016 fue -lo quisieran o no las partes- un nuevo contrato de prestación de servicios. A ese nuevo contrato le resulta de aplicación el régimen normativo vigente al tiempo de su celebración, que es, como de seguido veremos, el establecido por la LCSP'17.

En cualquier caso, en este dictamen analizaremos también los efectos que se producirían en el caso de considerarse que el encargo verbal de realizar nuevos servicios habría supuesto una modificación del contrato de noviembre de 2016; efectos -lo anticipamos ya- que no difieren de los que se desprenden de calificar esa nueva adjudicación como un contrato nuevo y distinto del celebrado el 30 de noviembre de 2016.

Tercero

Legislación aplicable al contrato

Del expediente remitido a este Consejo Consultivo no puede deducirse, con plena seguridad, en qué fecha concreta tuvo lugar el encargo verbal a la mercantil para que continuara prestando sus servicios. Pese a ello, habiéndose prestado y facturado los servicios de diciembre de 2018 a febrero de 2019, es claro, que la legislación aplicable es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP'17), que 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 a los contratos analizados, que fueron adjudicados con anterioridad (DT 1ª). En definitiva, a los contratos les resulta aplicable la LCSP'17 en su redacción original.

Cuarto

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

1. De los antecedentes de hecho que se han expuesto, resulta que el Ayuntamiento encargó verbalmente a la mercantil expresada que continuara realizando el servicio de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y el Calado de San Gregorio* de Logroño, cuando ya se habían agotado los servicios encargados mediante el contrato administrativo que, con anterioridad, mediaba entre ambas partes.

Que ese encargo verbal tuvo realmente lugar es indiscutible, pues no sólo lo afirma la JGL en su Acuerdo de 30 de octubre de 2019, sino que lo evidencia la conducta posterior, tanto de la mercantil (que realizó esos servicios durante los meses de diciembre de 2018 a febrero de 2018), como del propio Ayuntamiento, que reconoce también que los mismos han sido realizados, por lo que es claro que nunca se opuso a su realización por la mercantil, lo que, a su vez, resulta coherente con la existencia de aquella encomienda verbal.

2. A criterio de este Consejo, es claro que tal encargo verbal constituye 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 -lo anticipamos ya-, y por mucho que tal acto se haya exteriorizado o manifestado de manera verbal y no escrita.

3. Si, según una definición generalmente aceptada, acto administrativo es toda declaración de voluntad, conocimiento o juicio emitida por una Administración pública, en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria; el encargo verbal dirigido por el Ayuntamiento a la mercantil precitada constituyó un acto administrativo adjudicatorio de un contrato administrativo, esto es, una declaración de voluntad por la que la Administración municipal, seleccionando a un contratista concreto con exclusión de cualesquiera otros, le encomendó la realización de prestaciones que son propias de un contrato que sólo puede calificarse como administrativo. Este es el contenido esencial propio de los *actos de adjudicación* de los contratos administrativos, tal como los definen los arts. 150.3 y 151 LCSP'17.

Por otro lado, la naturaleza *administrativa* del contrato que nos ocupa es indudable, tanto por razón de *quien lo adjudica*, una Administración local (art. 2.1 y 3.1.a LCSP'17), como por razón de su *objeto o finalidad*, que es la realización de un servicio necesario para la prestación de unos cometidos de titularidad o competencia local, como es la de mantener adecuadamente limpias sus propias instalaciones y edificios.

4. En definitiva, aquel encargo verbal constituyó, materialmente, un acto de adjudicación de un contrato administrativo, sin que sea obstáculo a tal apreciación el que, en este caso, ese acto administrativo se expresara de forma verbal. En efecto, aunque, ordinariamente, *los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos* (art. 36.1 LPAC'15), la constancia escrita de un acto administrativo no constituye un requisito necesario para su *existencia*. Cuestión bien distinta será la incidencia que esa *forma verbal* produzca sobre la *validez* o la *eficacia* del acto, o las dificultades que acarree para la prueba de la propia existencia y contenido de ese acto; pero, esto dicho, lo cierto es que el ordenamiento jurídico español no proscribiera radicalmente que *los órganos administrativos ejerzan su competencia de manera verbal*, sino que incluso contempla esa posibilidad (art. 36.2 LPAC'15).

5. De todo lo anterior, resulta que, en este caso, el Ayuntamiento de Logroño dictó un acuerdo de adjudicación contractual, lo que supone, a nuestros efectos, que existe *materia revisable*, esto es, un acto administrativo susceptible de ser sometido a la potestad revisora de la Administración si incurre en alguno de los vicios que, conforme a los arts. 106 y ss LPAC'15, justifican el ejercicio de esa potestad.

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 disponerlos así, *in genere*, el art. 106 LPAC'15, por preverlo así los arts. 4.1.g) y 53 LBRL'85.

Quinto

Nulidad de pleno Derecho

A nuestro juicio, es evidente que el acto de adjudicación del contrato de nuevos servicios de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y el Calado de San Gregorio* 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.

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 (...). 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 servicios que 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 artificiosamente* 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 dimanar 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 ...*

El Ayuntamiento de Logroño, conforme a la habilitación conferida por el art. 9 del propio RD 500/1990, aprobó las *Bases de ejecución del Presupuesto municipal correspondiente a 2018* (BEP'18). En esas BEP'18, además de regular las fases de ejecución del presupuesto municipal y las posibles formas de acumulación (Bases 28 y 29), regula la *Tramitación de los expedientes de gasto* (Base 31) que, en congruencia con lo señalado por el art. 31.1 RD 500/1990, determina que:

"Toda propuesta de gasto deberá encontrarse conformada y motivada por el gestor del programa a que sea imputable, debiendo señalar claramente el destino del gasto, su importe exacto o aproximado y la partida presupuestaria que se propone para su aplicación, iniciándose su tramitación con la obtención del certificado de existencia de saldo Documento RC para su atención, expedido por la Intervención General".

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 500/1900).

Ciertamente y tal como prevén los arts. 184.2 LHL'04 y 68 RD 500/1900, la Base 31 de las BEP'18 prevé diversos supuestos de acumulación de fases que afectan, específicamente, a los contratos menores. Así, la Base 31.4.g) BEP'18 permite acumular las fases de aprobación y compromiso de gasto (“A” y “D”) en los supuestos de *contratos menores*.

Sin embargo, si es cierto que, tratándose de un contrato de esta naturaleza y características, en la ejecución del presupuesto de gastos el órgano de contratación podía haber acumulado esas fases, de lo que no podía abstraerse 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 2018. Este trámite, como señala la BEP 31.1, inicia, sin excepción, la *tramitación de toda propuesta de gasto*.

Pues bien, como hemos señalado en los Antecedentes de Hecho, con carácter *previo* a la contratación de los nuevos servicios, ningún órgano municipal solicitó la obtención de un certificado de *existencia*, en el presupuesto de 2018, 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.

Con ello, no quiere decirse que, en el momento de adjudicarse el contrato y de contraerse la obligación, se produjera una situación de *carencia o insuficiencia de crédito* presupuestario. Sin duda, de haber sido así, concurriría una causa *adicional* de nulidad del contrato, la tipificada por el art. 39.2.b) LCSP'17, en relación con el art. 46 LGP'03, pues el ordenamiento jurídico reprime con la nulidad radical de los actos administrativos el

vicio consistente en la adquisición de obligaciones o compromisos de gasto sin la existencia de una previa consignación presupuestaria (por todas, STS de 31 de enero de 1990). Pero tal circunstancia no puede conocerse a la vista de los documentos obrantes en el expediente, que no informan sobre si, en aquel momento, existía o no crédito adecuado y suficiente en el Presupuesto municipal de 2018.

Lo que quiere señalarse es que la falta de observancia del trámite previo de *retención* o *reserva* de crédito -que hubiera debido practicarse con cargo a los créditos del Presupuesto municipal de 2018- a la que se añade, en este caso, la inexistencia de fase alguna de ejecución presupuestaria correspondiente a ese año 2018 (aprobación del gasto, compromiso del gasto, reconocimiento de la obligación), contribuyen a conformar la específica causa de nulidad consistente en la inobservancia total del procedimiento que hubiera debido preceder a la adjudicación del contrato [arts. 39.1 LCSP'17 y 47.1.e) LPAC'15].

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 de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero (BOE de 7 de marzo), dictada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESO), 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, aunque los criterios de esa Instrucción no resulten aplicables *ratione temporis* a este contrato, que fue celebrado antes

de la emisión y publicación de la citada Instrucción; y aunque no tengan carácter obligatorio para el Ayuntamiento de Logroño [art. 332.7.d) *in fine* LCSP'17, a contrario sensu, y Apartado VIII de la Instrucción].

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.

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 porqué 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.

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 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; las 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.

2. La concurrencia de una causa de nulidad en este caso

Pues bien, sin necesidad de analizar la posible presencia, en este caso, de otras causas de nulidad específicas, como las enumeradas por el art. 39.2 LCSP'17, lo cierto es: **i)** que el acto de adjudicación se dictó sin que se observase ninguno de los trámites que necesariamente debían precederle, y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y **ii)** que tal vicio entraña la nulidad del acto de adjudicación, conforme al art. 47.1.e) 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, sino que la Administración local, sencillamente, no realizó, en este caso, ninguno de esos trámites, sino que encomendó el contrato, de plano, a la mercantil que había realizado el servicio anteriormente.

A juicio de este Consejo, presenta especial relevancia en este caso, el hecho de que el Ayuntamiento no emitiera el informe previo de necesidad; ni tampoco, dentro de los actos que integran el procedimiento de ejecución del presupuesto de gastos, procediera a aprobar previamente el gasto, debiendo señalarse al respecto que ni tan siquiera realizó una operación de retención de crédito (RC), por la cuantía necesaria y con cargo a la partida presupuestaria correspondiente del presupuesto municipal en curso, que era el del año 2018.

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. Irrelevancia de otros documentos a efectos de apreciar la causa de nulidad

De entre los documentos enumerados por el art. 118.1 LCSP'17 como integrantes del expediente de contratación, los únicos documentos que se han emitido con ocasión del contrato examinado son las facturas giradas por la mercantil adjudicataria.

Pero esas facturas, como se ha señalado, no son unos documento *previos*, que contribuyan a habilitar a la Administración a adjudicar el contrato menor, sino, que, bien al contrario, se emiten precisamente como consecuencia de la previa adjudicación y perfección del contrato, y tras la realización por el contratista de la prestación que constituye su objeto.

Por ello mismo, como es evidente, la emisión de las facturas no suple ni permite tener por subsanada la omisión de los trámites previos que el Ayuntamiento debió haber satisfecho.

En parecidos términos, obra en el expediente remitido a este Consejo Consultivo un documento "RC" de retención de crédito, por importe de 9.280,71 euros, IVA incluido. Pero esa operación de retención de crédito no es la que hubiera debido verificarse *antes* de la adjudicación del nuevo contrato de prestación de servicios y con cargo al crédito presupuestario correspondiente del ejercicio 2018, en que presumiblemente se celebró el contrato verbal; sino que se ha realizado ya, *a posteriori*, con cargo a un crédito presupuestario del ejercicio siguiente (2019), y con carácter, si se quiere expresar así, *remedial* o *reactivo*, esto es, para satisfacer las obligaciones económicas que la Administración local prevé que se le deriven, no directamente del contrato mismo, sino de un hipotético reconocimiento extrajudicial de créditos. Así lo revela propia información que proporciona ese documento contable (*Operación: Retención Créditos Reconoc. Extrajudic.*).

Por otro lado, el hecho mismo de que haya tenido que practicarse una retención de crédito en el ejercicio presupuestario 2019 para asegurar el pago a la mercantil de los servicios realizados al menos parcialmente en 2018 no haría sino confirmar que, efectivamente, en el año 2018 no se realizó ninguna retención de crédito antes de adjudicar el contrato.

En definitiva, ninguno de esos documentos permite enervar la concurrencia de la causa de nulidad apreciada.

4. 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.

Atendiendo a las razones ofrecidas en el informe de 10 de octubre de 2019, los servicios inicialmente contratados se encontraban a punto de finalizar. Pues bien, no parece que tal circunstancia pudiera ponerse de manifiesto de modo súbito, sorpresivo o absolutamente imprevisible, sino que el próximo agotamiento del período en principio acordado, era dato suficiente para que la entidad local tuviera tiempo para reaccionar y

tramitar en forma, con la necesaria antelación, un nuevo contrato administrativo, evitando, de ese modo, situaciones como la producida en este expediente, en el que la finalización de la vigencia de un contrato determinado se produce sin que se haya operado la nueva adjudicación del servicio.

En definitiva, el Ayuntamiento de Logroño no se vio apremiado por ningún hecho catastrófico o por ningún acontecimiento imprevisible o extraño a su voluntad, sino por su propia falta de diligencia en la tramitación de un nuevo contrato que le garantizara que, al término de los servicios contratados, pudiera contar con un nuevo contrato, situación que es bien distinta de la que le hubiera habilitado a hacer uso del régimen especial de la tramitación de emergencia.

5. Recapitulación

Como resumen de lo razonado hasta ahora, puede concluirse que el acto de adjudicación del contrato fue nulo de pleno Derecho, conforme al art. 47.1.e) LPAC'15, en relación con los arts. 38.b) y 39.1 LCSP'17, por haberse dictado prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido.

Octavo

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

1. La invalidez del acto de adjudicación contractual se comunica automáticamente al contrato mismo. Ciertamente, el *acto administrativo de adjudicación* y el *contrato administrativo* son actos jurídicos diferentes. Mientras que el acto administrativo adjudicatorio es *unilateral*, y a través de él se manifiesta la voluntad exclusiva de la Administración (órgano de contratación); el *contrato administrativo* es un *vínculo jurídico bilateral* que se perfecciona, en los contratos menores, como consecuencia de un *acuerdo de voluntades* entre la Administración contratante y el contratista (cfr. arts. 37, 118 y 153.2 LCSP'17 y 1261.1º y 1262 Cc).

Ahora bien, el hecho de que el *acto de adjudicación* y el *contrato administrativo* sean realidades jurídicas distintas no impide que los vicios que aquejen al *acto de adjudicación* se comuniquen al *contrato* mismo, ya que la declaración de voluntad contractual de la Administración sólo será válida en tanto en cuanto lo sean los actos de preparación y adjudicación del contrato, que sirven de presupuesto a aquella declaración de voluntad. 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 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

fuerza normativa prevalente *ex art. 1.1. Cc*, como es un precepto del ordenamiento jurídico positivo, el precitado art. 42.1 LCSP.

4. En este caso, es indiscutible que los servicios se han prestado, y que, por su propia naturaleza, son irrestituibles *in natura*, pues no pueden devolverse a la mercantil que los ha ejecutado; y, por ello, de no aplicarse las consecuencias indemnizatorias previstas por el art. 42.1 LCSP'17, generaría, en favor del Ayuntamiento, una atribución patrimonial no justificada, que debe evitarse.

A partir de ahí, el importe de la indemnización que la mercantil debe percibir ha de ascender a los 9.280.71 euros (IVA incluido), correspondiente a los servicios efectivamente realizados.

A nuestro juicio, ese constituye un criterio adecuado para determinar el *valor real* de la prestación ejecutada por la mercantil:

- Por lo que hace al principal (base imponible), porque se trata de una cantidad equivalente al precio que *esos mismos servicios* tenían, *según las mismas partes* y conforme a un *contrato vigente en un periodo inmediatamente anterior* (el celebrado en el mes de noviembre de 2016).

- Por lo que hace a las cuotas de IVA, porque el tercero, quien realiza los servicios, en su condición de obligado al pago, ha asumido la obligación de abonarlas a la Hacienda pública.

Por otro lado, cabe razonablemente suponer que el importe total de la factura refleja el coste económico que el Ayuntamiento habría debido padecer para obtener esos mismos servicios, en el caso de haber realizado una contratación en forma. En un sentido contrario, si el valor pecuniario que se atribuyera a la prestación irrestituible fuera menor, se produciría el contrasentido de que a la Administración municipal le habría resultado más ventajoso contratar de manera irregular que hacerlo correctamente, efecto que, por absurdo e injusto, debe rechazarse.

En fin, si es cierto que puede sostenerse *a priori* que el valor económico de la prestación no ha de incluir el beneficio industrial del contratista, también debe repararse en que el tercero ha incurrido en un claro coste de oportunidad pues, al haber realizados servicios para la Administración, no ha podido prestar esos servicios a otros sujetos. De este modo, detraer ese beneficio industrial (cuya cuantía o importe ignora este Consejo) entrañaría, en este caso, un empobrecimiento injustificado para él, y un correlativo enriquecimiento para la Administración. A su vez, esta consecuencia se compadecería mal con el art. 42.1 LCSP'17, a cuyo tenor, la parte no culpable de la nulidad ha de ser indemnizada de los perjuicios sufridos, siendo claro a juicio de este Consejo Consultivo

que, en este caso, es a la Administración Local a la que ha de atribuirse la principal responsabilidad en la irregular contratación del servicios.

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, debiendo recordarse que la mercantil, a la que se ha dado audiencia en el procedimiento de revisión de oficio, no ha formulado alegación alguna.

Noveno

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

1. La competencia para dictar el acuerdo de revisión de oficio

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

En estos municipios, las JGL ostentan, además de las competencias identificadas por el art. 127 LBRL, *las demás que les correspondan de acuerdo con las disposiciones legales vigentes* (art. 127.1-n LBRL'85); cláusula residual que ha de ponerse en conexión con la DA. 2ª.4 LCSP'17, según la cual, en los municipios de gran población, *las competencias del órgano de contratación que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la JGL, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales*. En particular, la JGL tiene la condición de *órgano de contratación* (DA.2ª.1 LCSP '17).

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

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

2. La competencia para liquidar el contrato

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

En efecto, si, como hemos visto, la JGL tiene las competencias propias de un órgano de contratación y, entre ellas, la de dictar el acto de adjudicación de un contrato, le corresponde también la *competencia para revisar* de oficio ese acto. Así lo establece el art. 127.1-k LBRL'85, que confía a la JGL *las facultades de revisión de oficio de sus propios actos*.

Por lo demás, estas disposiciones de la LBRL'85 son coherentes con el art. 41.4 LCSP'17, según el cual, *salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar*. Aunque este precepto no es aplicable al caso que nos ocupa (pues la competencia para contratar de la JGL es propia, y no delegada), evidencia la voluntad del legislador de que el órgano competente para contratar lleve aparejada la competencia para revisar de oficio, de modo que ambas atribuciones sean ejercidas por quien tenga la condición de *órgano de contratación*.

Por otra parte, la *competencia en materia contractual* y la *competencia para revisar de oficio* (que son de titularidad propia de la JGL, y no delegadas), llevan ínsita también la *facultad de fijar la correspondiente indemnización por perjuicios*. La norma atributiva de tal facultad es, a falta de otra más expresa, el art. 127.1-g) LBRL'85, que incluye, entre las atribuciones de la JGL, la de *autorizar y disponer gastos en materia de su competencia*.

En este aspecto, el inciso segundo del art. 41.4 LCSP'17 no resulta de aplicación, pues regula los supuestos en que el órgano de contratación lo sea por delegación, lo que, como hemos señalado, no es el caso aquí.

3. Aspectos relativos al procedimiento de revisión

Como se ha señalado, el art. 42.1 LCSP'17 dispone que *la declaración de nulidad ... de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*, con la consecuencia de que las partes deberán *restituirse... recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*.

Esto supone, en principio, que el procedimiento de revisión de oficio y la consiguiente declaración de nulidad del acto adjudicatorio deben ser anteriores al

expediente que haya de abrirse para la liquidación del contrato y la fijación de la posible indemnización; toda vez que aquella declaración de nulidad opera como presupuesto, o antecedente lógico, de la liquidación contractual y de la determinación de la indemnización.

No obstante, si esto es así, también es cierto que, como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen de 21-12-2011): *nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización, que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el art. 35.1 de la Ley de Contratos [hoy, art. 42.1 LCSP'17] (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del Derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para **tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio** de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno Derecho **con la compensación por los trabajos realizados** prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma.*

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

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

-Al expediente revisor se han incorporado los antecedentes necesarios para que el órgano competente pueda pronunciarse sobre la procedencia y el importe de la indemnización, pues: **i)** figuran incorporadas al expediente las facturas emitida por la mercantil, de las que se infiere su voluntad de ser resarcida en el importe que consta en esas facturas; y **ii)** por otro lado, el informe de 10 de octubre de 2019, del Gestor Responsable de Comercio y Turismo de la DGPS, con la conformidad de la Asesoría Jurídica Municipal, reconoce que los servicios que nos ocupan *se han continuado prestando* y que su cuantía (calculada en función del número de horas y de los precios/hora vigentes en el contrato anterior) se corresponde con las facturas giradas por la mercantil.

Décimo

Naturaleza de la suma que debe indemnizarse

1. Para concluir, debe señalarse que, una vez sea fijada esa indemnización, la cantidad de dinero correspondiente no tendrá la condición de *precio de un contrato*, sino que obedecerá a un concepto bien distinto, de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria: el

de *equivalente económico de una prestación* que, debiendo ser restituida precisamente por la nulidad de aquel contrato, no puede serlo *in natura*.

Por ello, al fijar esa indemnización, la Administración local estará ejerciendo una competencia administrativa específica -la de liquidar un contrato nulo-, que está prevista por el art. 42 LCSP'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 RDLeg. 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 a los que luego aludiremos, 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*.

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.

3. En la medida en que nuestro Derecho positivo ha diseñado un cauce específico para subvenir, en casos como el que analizamos, a las consecuencias generadas por la nulidad de los contratos administrativos, no es preciso acudir a otras instituciones, figuras o procedimientos diferentes.

1/ Así lo ha recordado, respecto al instituto de la **responsabilidad patrimonial** de la Administración, el Dictamen de 21-12-2011 del Consejo de Estado (exp. núm. 1724/2011), en el que, analizando el art. 35 LCSP'07 (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público), antecedente normativo inmediato del vigente art. 42 LCSP'17, razona que:

*Pues bien, por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que, en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP'07), se ha instituido una vía, precisa y adecuada, para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado art. 35.1 LCSP'07, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual; eso sí, **para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese art. 35 LCSP'07, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno Derecho y, para ello, es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.***

Por tanto, con el art. 35.1 LCSP'07 lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno Derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo art. 35 LCSP'07 regula para cuando se produzca tal nulidad.

2/ Por los mismos motivos, tampoco debe confundirse el expresado **procedimiento del art. 42 LCPS'17, con los procedimientos** previstos para los casos **de omisión de la función interventora y de resolución de discrepancias** regulados, respectivamente, por los arts. 214 a 218 LHL'04 y por los arts. 15 y 16, y 32 RD 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno de la Intervención General del Estado (IGAE).

Con arreglo a estos preceptos, tales procedimientos tienen su sentido y funcionalidad en los supuestos en que, siendo preceptiva la función interventora, ésta hubiera sido omitida, o cuando el Interventor manifestara, mediante la formulación del oportuno *reparo*, su desacuerdo con el fondo o la forma de un determinado expediente de gasto. En tal caso, con su resolución, el órgano superior (arts. 16.3, 16.4, 32.3 y 32.4 RD 2188/1995, y art. 217 LHL'04) suple la omisión o falta de la función interventora, o resuelve la discrepancia planteada por la Intervención, salvo, obviamente, cuando el reparo se refiera a un vicio que no puede ser subsanado por medio de tales procedimientos, como es el caso de los actos que implican nulidad de pleno Derecho.

Esto último es, precisamente, lo que sucede en el caso que nos ocupa, donde lo procedente es que sea el propio órgano de contratación el que declare la nulidad del acto de adjudicación contractual y atribuya a esa declaración de nulidad los efectos que le son propios conforme al art. 42 LCSP'17, en los términos que hemos examinado; efectos entre los que, como es evidente, puede hallarse el de reconocer obligaciones en favor del tercero con el que la Administración contrató inválidamente: bien la de abonar el valor económico de una prestación que ya no puede ser devuelta, bien la de indemnizar los daños y perjuicios causados al tercero, o las dos.

3/ Tampoco es procedente aquí acudir al **procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito**, que, en ocasiones, en la práctica administrativa, ha permitido amparar obligaciones carentes de consignación presupuestaria, entre otros, en supuestos de contratación irregular.

Dicho procedimiento se regula por el art. 60.2 del RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolló el Capítulo primero del Título Sexto de la LHL'88 (Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales), en materia de presupuestos. A tenor de este precepto, *corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera.*

Pues bien, este procedimiento no está pensado para situaciones como la que nos ocupa, que tienen una concreta vía de reparación prevista por el ordenamiento jurídico. En el caso que nos atañe, como hemos señalado, no es posible saber si, en el momento de adjudicarse el contrato, existía o no, en el Presupuesto municipal de 2018, crédito adecuado y en la cuantía suficiente para hacer frente a las obligaciones derivadas de la prestación de los servicios de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y el Calado de San Gregorio*, dado que ni siquiera se realizó, en el momento oportuno, una operación de retención de crédito, ni se certificó la existencia de saldo, ni se aprobó el gasto; debiendo reiterarse que el vicio ante el que aquí ha de reaccionarse no es tanto el de una hipotética carencia o insuficiencia de crédito presupuestario, sino, mucho antes, el de

la propia ilegalidad del acto de adjudicación del contrato por no haberse observado el procedimiento necesario para dictarlo.

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

Undécimo

Consideración final

1. Las consideraciones precedentes se han realizado -como se ha señalado con anterioridad- sobre la base de estimar que la adjudicación verbal, a favor de la mercantil interesada, del servicio de limpieza de limpieza y servicios auxiliares del *Espacio Lagares y el Calado de San Gregorio* es distinto al contratado mediante la Resolución de 30 de noviembre de 2016, por lo que no puede considerarse una *modificación* del mismo contrato, sino que entrañó la celebración de un *nuevo contrato administrativo*.

Pues bien, aun en el caso de que, -indebidamente a nuestro entender- se apreciase que esa segunda adjudicación habría sido sino una *modificación contractual* de aquel contrato inicial, esa modificación habría sido igualmente nula de pleno Derecho, y las consecuencias de tal nulidad habrían de ser las mismas que las que se han determinado en los Fundamentos Jurídicos precedentes. En efecto:

A) El contrato inicial se adjudicó el 30 de noviembre de 2016, fecha que es anterior a la entrada en vigor de la LCSP'17, que tuvo lugar el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª LCSP'17). Esto supone que, conforme a la DT 1ª-2 LCSP'17, tal contrato de noviembre de 2016 se habría regido *en cuanto a... su modificación,...* por la normativa anterior, esto es, por la LCSP'11.

B) En relación con la modificación de los contratos administrativos, los arts. 105 a 108 LCSP'11 establecen dos tipos de modificaciones contractuales: las *previstas en la documentación que rige la contratación* (art. 106 LCSP'11) y las *no previstas* en esa documentación (art. 107 LCSP'11).

C) Respecto a las modificaciones *previstas*, el art. 106 LCSP'11 exige que, *en los pliegos o en el anuncio de licitación, se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma*. No consta en el expediente si dicha circunstancia concurría en el mismo, pues en el acto de adjudicación del contrato no se contiene mención alguna a dicha

circunstancia y, por otra parte, tampoco consta ni el contrato ni el Pliego de prescripciones técnicas ni el de cláusulas administrativas.

D) Tratándose de modificaciones *no previstas*, el art. 107.2 LCSP'11 establece un límite negativo, según el cual, aun cuando concurren los supuestos tasados por el art. 107.1 LCSP'11 como habilitantes de la modificación, la misma *no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación*, siendo así que esa alteración de *condiciones esenciales* se entiende producida, entre otros casos, *cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato* (art. 107.3.d LCSP'11).

El artículo 107.1 LCSP'11 requiere el concurso de una serie de circunstancias para proceder a las modificaciones no previstas, no concurriendo en este supuesto ninguna de las contempladas en las cinco letras de dicho apartado: i) inadecuación de la prestación contratada; ii) inadecuación de proyecto que determine su falta de idoneidad; iii) fuerza mayor o caso fortuito; iv) conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren y v) necesidad de ajustar la prestación a diversas especificaciones técnicas, medioambientales, etc..

E) Por ello, aunque se hiciera abstracción de lo señalado en el Fundamento Jurídico Segundo de este dictamen, si lo que hubiera pretendido la Corporación local hubiera sido una modificación del inicial contrato de 2016, es claro que no habría estado habilitada para modificar ese contrato. De este modo, la contratación en forma de nuevos servicios de limpieza, debería haberse realizado mediante la celebración de un nuevo contrato, observando los trámites y exigencias formales ya analizados, que, como se ha señalado fueron completamente omitidos por la Corporación local. Además, es claro que una modificación contractual entraña unos requerimientos formales (singularmente, la audiencia previa al contratista, arts. 108.2 y 211.1 LCSP'11), que no consta que se observaran en este caso.

2. En suma, la contratación de nuevos servicios nunca podría considerarse una modificación válida del contrato adjudicado en 2016, sin perjuicio de que, al haberse prestado efectivamente los servicios, las consecuencias de la consiguiente declaración de nulidad habrían de ser las mismas que hemos examinado, es decir, las establecidas por el art. 35.1 LCSP'11, que constituye el antecedente normativo inmediato del vigente art. 42.1 LCSP'17 y que tiene su mismo contenido.

CONCLUSIONES

Primera

El Ayuntamiento de Logroño, al encargar verbalmente a la mercantil precitada que continuase prestando el servicio de limpieza y otros servicios auxiliares del Espacio Lagares y del Calado de San Gregorio 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 y la restitución recíproca de las prestaciones, lo que ha de suponer el reconocimiento, y abono, por el Ayuntamiento, a la mercantil, de la cantidad señalada en el Fundamento de Derecho Octavo, punto 4, de este dictamen.

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