

En Logroño, a 28 de julio de 2020, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), 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 del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

55/20

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Alcalde de Logroño, a través de la Consejería de Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio de los actos administrativos de contratación verbal del servicio de mantenimiento de la climatización de edificios municipales con la empresa V.S.N.S. por importe de 78.330,11 euros, IVA incluido.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

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

1. El servicio de mantenimiento de calefacción, climatización y producción de A.C.S. en los edificios institucionales o dependientes del Ayuntamiento de Logroño había sido adjudicado a la mercantil precitada (en expediente CON-21-2014/0015), mediante un contrato cuya vigencia se prorrogó mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local (JGL) de 15-10-2016, y cuya vigencia finalizó el 15-10-2017, sin que existiese posibilidad de nuevas prórrogas.

2. Por Acuerdo de 27-09-2017, la JGL aprobó iniciar el expediente para una nueva contratación del referido servicio, mediante el procedimiento abierto de tramitación ordinaria y valoración de varios criterios de adjudicación; si bien, mediante Acuerdo de 02-11-2017, la JGL desistió del anterior procedimiento de licitación para introducir en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) determinadas modificaciones. La ejecución del nuevo contrato comenzó el 21-08-2019

3. La precitada empresa continuó, no obstante, prestando dicho servicio desde que finalizó el anterior contrato hasta que comenzó el nuevo, generando así facturas por un importe total de 78.330,11 euros, IVA incluido.

4. Un informe de 26-11-2019, del Arquitecto Director General de Arquitectura, Rehabilitación y Espacios Urbanos (DGA) del referido Ayuntamiento explica lo sucedido en los siguientes términos:

“El mantenimiento de las instalaciones de climatización es obligatorio por legislación, según el Reglamento de instalaciones térmicas en vigor, el responsable de realizarlo es el usuario que debe contratar una empresa mantenedora autorizada para el mantenimiento legal, o reunir unas determinadas condiciones equivalentes para hacerlo con plantilla propia, caso en el que no se encuentra el Ayuntamiento de Logroño.

Dado el estado del expediente de contratación, no resuelto, se siguió realizando este servicio de mantenimiento por la empresa (expresada), en las mismas condiciones de calidad que si el servicio hubiese estado vigente. Entendiéndose que en esos momentos era la empresa que mejor conocimiento tenía de las instalaciones y su estado actual considerándose así la opción más beneficiosa para el servicio”.

5. Como consecuencia de esa *contratación verbal*, la mercantil expresada continuó ejecutando prestaciones idénticas a las que habían sido objeto del inicial contrato y su posterior prórroga.

La realización de esas prestaciones, que afectaba a un total de 129 instalaciones, se prolongó durante el periodo comprendido entre 15-10-2017 (en que finalizó la prórroga del anterior contrato) y 15-10-2019 (en que se inició la ejecución del nuevo), concentrándose en los años 2018 y 2019.

Así lo acredita: i) la documentación incorporada al procedimiento de revisión de oficio relativo a esos dos años; ii) el precitado informe de la DGA de 26-11-2019 y iii) el informe de la Técnico de Administración General (TAG) de la Dirección General de Promoción Económica, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente (DGPE) del propio Ayuntamiento de 10-01-2019.

Por la realización de los referidos servicios, la mercantil ha girado al Ayuntamiento doscientas siete facturas por el precitado importe total, IVA incluido, de 78.330,11 euros.

6. 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 2014, y su posterior prórroga hasta el 15-10-2017, la mercantil ha seguido prestando el servicio de mantenimiento de las instalaciones de climatización de los edificios municipales; **ii)** que lo ha hecho por habérselo encargado verbalmente el Ayuntamiento; **iii)** que tal prestación se ha prolongado durante el periodo comprendido

entre el 15-10-2017 y el 15-10-2019; iv) que esos servicios han supuesto un importe de 78.330,11 euros, IVA incluido.

Segundo

1. Sobre la base de los precitados informes del Arquitecto DGA y de la TAG de la DGPE, la JGL, por Acuerdo de 27-05-2020, inició el procedimiento para la revisión de oficio “*de actos nulos de la contratación verbal del servicio de mantenimiento de la climatización de los edificios municipales*”. El Acuerdo, además de describir los antecedentes fácticos que hemos enumerado, señala que, según el informe de la Intervención municipal, existe “*crédito adecuado y suficiente, por importe de 78.330,11,8 euros*”. Ese informe de la Intervención no está incorporado al expediente. Por último, consta que ese Acuerdo fue remitido a la mercantil interesada.

2. El 25-11-2019, la empresa presentó un escrito en el que se limitó a solicitar que: “*se tramite el expediente a la mayor brevedad para que la mercantil pueda cobrar cuanto antes las facturas que se le adeudan ..., reservándose el derecho a reclamar los intereses de demora*”.

3. Al expediente revisor, se han incorporado también las 207 facturas emitidas por la mercantil, por los servicios prestados en los años 2018 y 2019.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 20 de julio de 2020, y registrado de entrada en este Consejo el 20 de julio 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 20 de julio 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. 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

Consideraciones previas

1. No se trata de una modificación contractual.

Una primera consideración es que la contratación verbal del servicio de mantenimiento cuya revisión de oficio nos ocupa no constituyó una modificación del contrato administrativo anterior, sino un nuevo contrato administrativo, ya que el anterior había terminado sin posibilidad de prórroga el 15-10-2017.

2. Es aplicable al caso la LCSP'11.

Del expediente remitido, resulta que la contratación verbal de la precitada empresa para realizar el servicio de mantenimiento que nos ocupa se hizo inmediatamente después de concluido el contrato anterior (que finalizó el 15-10-2017), esto es, cuando estaba vigente la LCSP'11, ya que la ahora vigente LCSP'17 entró en vigor el 09-03-2018 (DF 16ª LCSP'17) y la DT.1ª LCSP'17 (apartados 1º y 2º), establece que la legislación anterior (esto es, la LCSP'11) será aplicable a “*los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley*” y a “*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”. No obstante, la normativa aplicable es similar en la LCSP'11 y la LCSP'17.

Tercero

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

1. De los antecedentes de hecho que se han expuesto, resulta que el Ayuntamiento encargó a la mercantil expresada que continuara prestando el servicio de mantenimiento de la climatización de los edificios municipales tras la conclusión del periodo de vigencia del contrato administrativo y su prórroga 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 27-05-2020, sino que lo evidencia la conducta posterior tanto de la mercantil (que prestó el servicio, en los años 2019 y 2020), como del propio Ayuntamiento, que reconoce también que esos servicios han sido realizados, por lo que es claro que nunca se opuso a esa prestación de servicios 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.

Por otro lado, la naturaleza *administrativa* del contrato que nos ocupa es indudable, tanto por razón de *quien lo adjudica*, una Administración local (art.3.1.a LCSP'11), como por razón de su *objeto o finalidad*, que es la prestación de un servicio público de titularidad o competencia local, como lo es el mantenimiento de sus propios edificios e instalaciones.

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 proscribió 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 disponerlo así, *in genere*, el art. 106 LPAC’15, por preverlo así los arts. 4.1.g) y 53 LBRL.

6. Esto dicho, es evidente, a nuestro juicio, que el acto de adjudicación verbal del contrato es nulo de pleno Derecho, como se expone seguidamente.

Cuarto

Sobre la nulidad del acto de adjudicación

1. Causas de nulidad de pleno Derecho de los contratos administrativos en la LCSP’11.

Sobre las causas de invalidez de los contratos administrativos, el art. 31 LCSP’11 establece, que “*los contratos de las Administraciones Públicas...serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho administrativo o de Derecho civil a que se refieren los artículos siguientes*”.

A su vez, el art. 32 LCSP’11 establece que son “*causas de nulidad de Derecho administrativo...“las indicadas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*”, es decir, de la Ley de Procedimiento administrativo común de 1992 (LPAC’92) entonces vigente, actual art. 47 LPAC15), que es aplicable a este caso.

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*; 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. 32 LCSP’11.

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. 32 LCSP’11, lo cierto es: **i)** que el acto de adjudicación se dictó sin que se aprobase un previo expediente de contratación, y sin que se tramitase ningún procedimiento de adjudicación 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 aprobara un expediente de contratación y luego tramitara, con más o menos acierto, un determinado procedimiento de adjudicación contractual de los contemplados por los arts. 138 y ss LCSP'11 (procedimiento *abierto*, arts. 157 y ss; *restringido*, arts. 162 y ss; negociados, 169 y ss; *de diálogo competitivo*, arts. 179). Si tal hubiera sido el caso, ello nos habría obligado a analizar si el expediente de contratación era correcto; si el procedimiento de adjudicación observado resultaba apto *en abstracto* para adjudicar ese contrato; y si el trámite o trámites preteridos *en concreto* tenían o no la condición de *esenciales*.

Pero, se insiste; no es ese el escenario que nos ocupa, sino que la Administración local, sencillamente, no tramitó procedimiento adjudicatorio alguno, sino que encomendó el contrato, de plano, a la mercantil que hasta entonces había estado prestando el servicio.

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 de un previo expediente de contratación (arts. 109 y 110 LCSP'11).

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

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. 113 LCSP'11; ni para adjudicarlo “*directamente*” a un empresario, como si se tratase de un “*contrato menor*” (art. 111 LCSP'11). Analizamos ambos extremos en los dos apartados siguientes.

A) Improcedente tramitación del contrato como *de emergencia*.

El art. 113 LCSP'11 (“*Tramitación de emergencia*”) permite al órgano de contratación, 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 LCSP’11), 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 que afecte a la defensa nacional*” (art. 113 LCSP’11), que no hubiera previsto o podido prever.

Lejos de ello, que el contrato formalizado en el año 2014 habría de concluir su vigencia el 15-10-2016, y fue posteriormente prorrogado hasta 15-10-2017 era un hecho conocido y perfectamente previsible con mucha antelación, de modo que la Administración local tuvo tiempo suficiente para tramitar un procedimiento contractual que hubiera permitido la celebración de un nuevo contrato y que un nuevo adjudicatario (o la misma mercantil, de haber resultado nuevamente seleccionada) se hiciera cargo del servicio a partir de 15-10-2017.

La Corporación local no procedió así, pues tras iniciar el expediente de contratación debió desistir el mismo por incorrecciones en el PPT.

En definitiva, el Ayuntamiento de Logroño no se vió apremiado por ningún hecho catastrófico o por ningún acontecimiento imprevisible o extraño a su voluntad, sino por su propia demora en la tramitación del procedimiento que habría de concluir con la selección de un nuevo contratista, situación que es bien distinta de la que le hubiera habilitado a hacer uso del régimen especial de la tramitación de emergencia.

Al respecto, este Consejo no puede dejar de advertir la imperiosa necesidad de tramitar los procedimientos contractuales (expedientes de contratación y procedimientos de adjudicación) con antelación suficiente al momento en que vaya a concluir un contrato administrativo en vigor, precaviendo las inevitables incidencias que pueden acontecer en el seno de un procedimiento contractual y retrasar la adjudicación del nuevo contrato (p.e,

la obligación de publicar anuncios en boletines oficiales, la tardanza en la emisión de informes, la interposición de recursos, la necesidad de que los licitadores subsanen la documentación presentada, o de recabar informes complementarios para baremar a los licitadores, entre otras eventualidades).

B) Improcedente tramitación del contrato como *contrato menor*.

El Ayuntamiento de Logroño tampoco podía adjudicar el contrato como si fuese un *contrato menor*. Merecen esta calificación “*los contratos de valor estimado inferior... a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de ... de servicios*” (art. 138.3 LCSP’11).

En el caso presente, como hemos señalado ya, es claro que el contrato adjudicado fue un contrato de servicios de los previstos por el art. 10 LCSP’117 aquellos “*cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro*”.

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. 111 LCSP’11), pues la tramitación del expediente solo exigirá *la aprobación el gasto y la incorporación e la factura correspondiente*.

Por tal motivo, los servicios adjudicados a la empresa que nos ocupa, una vez que se había consumado ya la primera adjudicación y mientras que se tramitaba el nuevo procedimiento de adjudicación que terminó con la misma adjudicataria, no pueden constituir un contrato menor, pues el importe de las facturas devengadas por los servicios prestados asciende a un importe muy superior a los 18.000 euros.

En este caso, ante la ausencia de un documento contractual, o de un acuerdo adjudicatorio escrito, la verdadera intención o voluntad de las partes sólo puede inferirse a partir de sus actos coetáneos y posteriores al encargo verbal (arts. 1281 y 1282 Cc), debiendo concluirse que las partes acordaron que se prestase *el mismo servicio* que había sido objeto del contrato anterior, *a los mismos precios* que rigieron aquél, y *hasta que se adjudicase en forma un nuevo contrato*.

Como decimos, esa intención ha quedado evidenciada por el comportamiento posterior de la mercantil (que ha prestado los servicios y girado las facturas correspondientes, liquidadas conforme a los precios del contrato previo), y también por la conducta del Ayuntamiento, que le encomendó verbalmente que siguiera desempeñando el servicio.

Pues bien, siendo ese el contenido material de lo acordado por las partes, es llano que el valor estimado de ese contrato excede amplísimamente el límite de 18.000 euros establecido por el art. 138 LCSP'11.

4. Recapitulación conclusiva.

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. 31 y 32 LCSP'11, por haberse dictado prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido, dado que el Ayuntamiento no aprobó ningún expediente de contratación ni tramitó procedimiento alguno de adjudicación y ello aunque pudiera catalogarse el contrato como menor.

Quinto

Consecuencias de la nulidad del acto de adjudicación del contrato

1. La invalidez del acto de adjudicación contractual se comunica automáticamente al contrato mismo. Ciertamente, el *acto administrativo de adjudicación* y el *contrato administrativo* son actos jurídicos diferentes. Mientras que el acto administrativo adjudicatorio es *unilateral*, y a través de él se manifiesta la voluntad exclusiva de la Administración (órgano de contratación); el *contrato administrativo* es un *vínculo jurídico bilateral* que se perfecciona como consecuencia de un *acuerdo de voluntades* o, expuesto con más precisión, mediante la *formalización* de ese acuerdo de voluntades (arts. 27 LCSP'11), formalización que, generalmente, deberá ser escrita, con las solas excepciones y matizaciones a esta regla establecidas, para los contratos *menores y de emergencia*.

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

Este principio inspira el precitado art. 31 LCSP'11, y también el art. 35.1 LCSP'11, 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, como ya hemos indicado *“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, 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. 35.1 LCSP'11 es la misma que anima, en el ámbito de la contratación civil, los arts. 1.303 y 1.307 Cc.

En efecto, la declaración de ser nulo un contrato sinalagmático -como lo es cualquier contrato administrativo de servicios, o de concesión de servicios- obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución *in natura* fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible.

En ese segundo supuesto, la entrega del valor económico de la prestación percibida opera como un mecanismo para evitar que una de las partes se vea beneficiada, a costa de la otra, por un enriquecimiento injusto, debiendo señalarse que la *prohibición del enriquecimiento injusto* es un principio general del Derecho, (también del Derecho Administrativo), cuya operatividad ha sido proclamada por la jurisprudencia en las más diversas instituciones (especialmente en los contratos y la responsabilidad patrimonial). Así, por todas, puede citarse la STS 1ª de 15-12-1981, cuya doctrina es asumida también en las SSTS, 4ª, de 13-03-2014 y 17-07-2007; y en las SSTS, 3ª, 22-05- 2000, 13-02-2002 y 04-02-2009.

Pero, obsérvese bien que, en supuestos como el que nos atañe, la obligación de que el Ayuntamiento indemnice a la mercantil con una cantidad económica no deriva de un principio general del Derecho (la *interdicción del enriquecimiento injusto*), sino de una fuente normativa prevalente *ex art. 1.1. Cc*, como es un precepto del ordenamiento jurídico positivo, el precitado art. 35.1 LCSP11.

4. Como hemos señalado con anterioridad, como regla general, los contratos administrativos “*se perfeccionan por su formalización*”, que deberá ser escrita y no verbal.

Esto supone que, en rigor, el Ayuntamiento y la mercantil ni siquiera llegaron a perfeccionar validamente el contrato. Sea como fuere, ello no debe ser obstáculo a la aplicación de las consecuencias indemnizatorias previstas por el art. 35.1 LCSP’11, pues lo cierto es que, formalizado o no, entre las partes mediaba un *concierto de voluntades*, y, en ejecución de ese concierto, la mercantil realizó prestaciones que ahora no pueden serle restituidas *in natura*, lo que generaría en favor del Ayuntamiento una atribución patrimonial no justificada, que debe evitarse.

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

A partir de ahí, el importe de la indemnización que la mercantil debe percibir ha de ascender a los 78.330,11 euros (IVA incluido) facturados por ella en relación con el *periodo 2018-2019*.

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*.

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

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

En fin, si es cierto que puede sostenerse *a priori* que el valor económico de la prestación no ha de incluir el beneficio industrial del contratista, también debe repararse en que el tercero ha incurrido en un claro coste de oportunidad, pues al haber prestado

servicios para la Administración no ha podido hacerlo para otros sujetos. De este modo, detraer ese beneficio industrial (cuya cuantía o importe ignora este Consejo) entrañaría, en este caso, un empobrecimiento injustificado para él, y un correlativo enriquecimiento para la Administración. A su vez, esta consecuencia se compadecería mal con el art. 35.1 TRLCSP'11, a cuyo tenor, la parte no culpable de la nulidad ha de ser indemnizada de los perjuicios sufridos, siendo claro a juicio de este Consejo Consultivo que, en este caso, es a la Administración Local a la que ha de atribuirse la principal responsabilidad en la irregular contratación del servicio.

Por último, existe plena coincidencia entre el Ayuntamiento y la mercantil sobre el número de horas de servicio realizadas, y sobre el valor económico que alcanzarían si les fuera aplicado el cuadro de precios/hora que rigió el contrato anterior.

Sexto

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

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

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

En estos municipios, las JGL ostentan, además de las competencias identificadas por el art. 127 LBRL, "*las demás que les correspondan de acuerdo con las disposiciones legales vigentes*" (art. 127.1-n LBRL); cláusula residual que ha de ponerse en conexión con 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 *competencia para revisar de oficio* el acto de adjudicación, y *competencia para liquidar* el contrato.

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

Por lo demás, estas disposiciones de la LBRL son coherentes con el art. 34.3 TRLCSP'11, 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, que incluye, entre las atribuciones de la JGL, la de “*autorizar y disponer gastos en materia de su competencia*”.

3. Aspectos relativos al procedimiento de revisión.

Como se ha señalado, el art. 35 LCSP'11 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) por un lado, se ha conferido audiencia a la mercantil, que no consta haya formulado alegaciones, aunque sí que constan todas las facturas giradas por la misma; y ii) por otro lado, el informe de 26-11-2019 de la DGA, con la conformidad de la Asesoría Jurídica se han pronunciado acerca de la efectividad de los trabajos realizados y la corrección de las facturas giradas.

Séptimo

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. 35 TRLCSP’11, 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 proceimiento 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 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 32 LCSP’11, 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*.

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 de diciembre de 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. 35 TRLCPS'11, 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 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, además, el expediente administrativo evidencia que existe en el Presupuesto de la Entidad Local crédito adecuado y suficiente para hacer frente a los gastos ocasionados por la contratación del servicio (cfr. el informe de la Intervención citado en el acuerdo de la JGL de fecha 27 de mayo de 2020, que no obra en el expediente, por lo que se desconoce su fecha) por lo que el vicio ante el que aquí ha de reaccionarse no es el de la carencia de crédito presupuestario, sino, mucho antes, el de la propia ilegalidad del acto de adjudicación del contrato.

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.

CONCLUSIONES

Primera

El Ayuntamiento de Logroño, al encargar verbalmente a la mercantil precitada que continuase prestando el servicio de mantenimiento de la climatización de edificios municipales, 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 de 78.330,11 euros, IVA incluido.

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