

En Logroño, a 30 de octubre 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^a Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

74/20

Correspondiente a la consulta formulada *por el Ayuntamiento de Logroño (a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública), de los actos administrativos de contratación verbal de la empresa C.O.V.S.L, para la ejecución, por importe de 14.589,61euros, IVA incluido, de obras menores en modificación del Proyecto del contrato adjudicado a dicha empresa para la rehabilitación (fachadas y elementos varios) de la Estación de Autobuses de Logroño.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

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

1. Previo expediente de contratación (aprobado por Acuerdo de 11-10-2017), la Junta de Gobierno Local (JGL), por Acuerdo de 4-4-2018: i) adjudicó, a la empresa precitada, un contrato administrativo de obras de *rehabilitación (fachadas y elementos varios) de la Estación de Autobuses de Logroño*, en el precio total de 928.316,27 euros, IVA incluido; y ii) nombró Directores de las obras al Jefe de la Sección de Ejecución de Obras en la Edificación (JSO) y al Director General de Arquitectura y Rehabilitación y Espacios Urbanos (DGA), del Ayuntamiento de Logroño.

2. El contenido y las prestaciones de aquel contrato se describen en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP), redactado el 24-08-2017 y, que si bien no consta en el expediente remitido, se ha facilitado posteriormente a requerimiento de este Consejo. De sus cláusulas, destacan las siguientes:

-*Régimen Jurídico* (PCAP 2ª). El contrato se regirá por el Texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, aprobado por RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11).

-*Plazo de ejecución* (PCAP 8ª). La duración del contrato para la realización de los trabajos será de 8 meses máximo, contados desde la comprobación del replanteo, teniendo en cuenta que:

1/ El plazo, “únicamente podrá ampliarse por causa justificada no imputable a la empresa contratista, que impida realizar las obras en los plazos parciales y en los totales...Si el contrato es objeto de ampliación de plazo, sus características deben permanecer inalterables durante el período de duración de esta”.

2/ Salvo en los supuestos de modificación del Proyecto y de suspensión temporal de las obras, la empresa contratista “está obligada a solicitar ampliación de plazo de ejecución siempre que se produzca una causa que pueda afectar al cumplimiento de los plazos parciales o totales de ejecución de las obras y que el retraso se haya producido por motivos no imputables al contratista”.

-*Penalidades por incumplimiento. Por demora.* (PCAP 31ª): “cuando el contratista, por causas que le fueran imputables, hubiera incurrido en demora, tanto en relación con el plazo total como con los plazos parciales establecidos, se estará a lo dispuesto en el art. 212 LCSP'11 en cuanto a la imposición de estas penalidades”.

-*Modificaciones del contrato.* (PCAP 26ª): “una vez perfeccionado el contrato, sólo podrá ser modificado por razones de interés público de acuerdo con lo dispuesto en el art. 219 LCSP'11”, teniendo en cuenta lo siguiente:

1/ Que debe distinguirse entre modificaciones **previstas e imprevistas**, ya que: i) respecto a las *previstas*, se establece que el contrato podrá modificarse si, en el apartado 23 del Anexo I, está prevista esta posibilidad y se han detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que podrá hacerse uso de esta, así como el alcance y límites de las modificaciones que puedan acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que, como máximo, pueden afectar y de conformidad con lo dispuesto en el art. 106 LCSP'11; y ii) respecto a las *impuestas*, se establece que el contrato sólo podrá modificarse cuando concurren las circunstancias y con los límites previstos en el art. 107 LCSP'11.

2/ Que las modificaciones serán **obligatorias** para el contratista, se acordarán previa audiencia de este y **deberán formalizarse en documento administrativo**, previo ajuste de la garantía definitiva, en su caso”.

3/ Que el referido ap. 23 del Anexo I (**Modificación del contrato**) señala: “**no está prevista**”.

3. Las obras comenzaron el 30-05-2018 y, según el **plazo** establecido en el contrato, debían finalizar el 16-12-2018.

El 5-12-2018, la empresa presentó un escrito de solicitud de **ampliación del plazo de ejecución de las obras previsto de 38 días laborables** (hasta el 12-02-2019), justificado por nuevas actuaciones, ampliaciones de las previstas e interferencias ajenas, que detalla en su escrito (fols. 19 y 20 del expediente).

El 19-12-2018, la Dirección facultativa de las obras emite un informe favorable a la prórroga solicitada por la empresa, en el que pone también de manifiesto que, durante la ejecución de las obras, han surgido una serie de nuevas necesidades que es preciso atender para poder finalizar las obras previstas dentro de los objetivos finales de funcionalidad, calidad y acabados perseguidos por el Proyecto; en consecuencia, propone: i) iniciar los trámites tendentes a la aprobación de los nuevos precios que resultan pertinentes (según su estimación, suponen 24.257,45 euros, IVA incluido, lo cual representa menos del 3% del precio del contrato; y ii) autorizar la continuidad de las obras hasta su conclusión, conforme a la ampliación de plazo solicitada por la empresa.

No obstante, la solicitud de prórroga **no obtuvo respuesta formal alguna** por parte del Ayuntamiento.

4. El 4-02-2019, la Dirección de obra, con el conforme del contratista, redacta el **Proyecto modificado núm. 1** para las obras, por un importe total de precio de contrata, IVA incluido, de 938.070,90 euros, considerando los incrementos de los precios nuevos y los decrementos de la obra ejecutada y estimada hasta la fecha. Dicho importe supone un 1,05% (9.754,63 euros, IVA incluido) de incremento sobre el precio del contrato original.

5. El 12-02-2019, se formaliza el **Acta de recepción de las obras**, en la que se señala que éstas “*se han ejecutado conforme al conjunto de prescripciones contractuales previstas*”.

6. El 15-02-2019, la Dirección facultativa de las obras emite un nuevo informe en el que: i) reconoce que están concluidas las obras contenidas en el Proyecto original y en el Modificado núm.1; y ii) expone (al igual que en el referido informe de 19-12-2018) las razones que justificaban atender a la prórroga solicitada (ahora ya tácita) por la empresa el 5-12-2018 y las nuevas necesidades de obra surgidas durante la ejecución. Sobre esa base y teniendo en cuenta el relativo escaso alcance del importe de las obras), propone: i) **convalidar** las **instrucciones** efectuadas al contratista por la Dirección de obra; ii) **reconocer** la **prórroga tácita** para su ejecución; y iii) **aprobar el Modificado** del Proyecto que se Anexa y la consiguiente adjudicación al contratista de las obras.

7. Consta en el expediente la **Certificación de obra 10ª y final**, de 30-11-2019, de la que resulta una liquidación, a favor de la empresa contratista, por importe total de 14.589, 61 euros, IVA incluido; en base a la cual dicha empresa ha emitido (fols. 93 y 94 del expediente) dos facturas pendientes de pago, de igual fecha: i) una, por importe de 10.480,52 euros, IVA incluido (núm FV1911-027); y ii) otra, de 4.109,09 euros, IVA incluido (núm. FV1911-026).

8. El 30-11-2019 los Directores de obra emiten un informe para **liquidación** y revisión de oficio de actos nulos, recopilatorio de los anteriores, en el que: i) indican que

las nuevas obras finalmente ascienden a 31.671,63 euros, lo que supone un incremento del 3,4% del precio del contrato; ii) constatan, no obstante, variaciones en las mediciones de la obra ejecutada, que suponen un decremento de 26.133,79 euros del precio del contrato, IVA incluido; iii) determinan, en consecuencia, que, considerando los precios nuevos y los decrementos de medición, resulta un incremento presupuestario de 5.537,84 euros (0,59% del precio de contrato); iv) fijan, pues, el importe de liquidación total de las obras realmente ejecutadas de 933.854,11 euros, IVA incluido; v) reiteran que las obras, tanto del Proyecto original como las contenidas en el Modificado núm. 1, están concluidas; y vi) expresan que la falta de aprobación del Proyecto modificado y la continuidad de las obras solicitadas, obedecen a los siguientes motivos:

- 1/ La confianza, por parte de la Dirección de obra de que el expediente hubiera seguido su curso conforme a la propuesta que, en diciembre de 2018, se planteó para su tramitación.
- 2/ La ausencia de contestación formal al escrito de solicitud de ampliación de plazo formulado por la empresa el 5-12-2018;
- 3/ El carácter puntual de las intervenciones acometidas al margen del proyecto, con un importe de escasa repercusión.
- 4/ La circunstancia de consistir tales intervenciones en aspectos que, de no acometerse de forma continua, ininterrumpida y simultánea con el resto de las obras, hubieran generado perjuicios técnicos con repercusión económica para el Ayuntamiento y para el resto de propietarios.

Por lo expuesto, este informe propone:

- 1/ Convalidar las **instrucciones** efectuadas al contratista por la Dirección de obra.
- 2/ Reconocer la **prórroga tácita** para su ejecución hasta el día 12 de febrero de 2019, en el que realmente se finalizaron.
- 3/ Reconocer al contratista el **importe de las obras ejecutadas**, conforme a la Certificación de obra núm. 10ª y final de 30-11-2019.
- 4/ Abonar las dos precitadas **facturas** giradas por la empresa, por importe total de 14.589,61 euros, IVA incluido.

9. De cuanto acaba de exponerse, puede concluirse que existe plena conformidad entre el Ayuntamiento y la empresa contratista acerca de lo siguiente: **i)** que, siguiendo **instrucciones** de los Directores de obra municipales, la empresa adjudicataria ejecutó

obras no incluidas en el contrato suscrito con el Ayuntamiento de Logroño y, al menos en parte, se ejecutaron habiendo finalizado el contrato suscrito con éste en abril de 2018; **ii)** que la empresa lo ha hecho así por habérselo encargado **verbalmente** el Ayuntamiento, al margen de que la obras que habían de ser realizadas quedasen luego reflejadas en una propuesta escrita de modificación del Proyecto original; **iii)** que tal prestación se ha prolongado durante el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2018 y el 12 de febrero de 2019; **iv)** que el importe del total de las obras ejecutadas es de 933.854,11 euros, IVA incluido; y **v)** y que, conforme a la Certificación 10ª y final de 30-11-2019, resta por abonar al contratista 14.589, 61 euros, IVA incluido, resultado de restar a los importes totales de las modificaciones propuestas, el decremento derivado las variaciones de mediciones del proyecto original.

Así lo acredita, el informe de 30-11-2019 emitido por la DGA municipal, con el conforme de la Asesoría Jurídica y el Acuerdo de la JGL de 15-01-2020, al reiterar el hecho de que las obras nuevas ejecutadas, no previstas en el contrato original, tienen origen en “*un encargo municipal*” y fundamentan la revisión de actos nulos “*por la contratación verbal*”.

Segundo

1. El informe jurídico de 15-01-2020, a la vista de las circunstancias expuestas, concluye que, “*en el presente caso, se incurre en causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el art. 47.1. e) de la Ley 39/2015 (de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común, LPAC’15); por lo que, una vez advertida dicha circunstancia, lo que corresponde es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio*”.

2. La JGL, por Acuerdo de 15-07-2020, dispuso iniciar el procedimiento para la revisión de oficio que nos ocupa. El Acuerdo, además de describir los antecedentes fácticos que hemos enumerado, señala que, según el informe de 10-01-2020 de la Intervención municipal, existe “*crédito adecuado y suficiente, por importe de 4.109,09 euros, con cargo a la aplicación presupuestaria 152.20.212.99*”; y, según su informe de 15-01-2020, existe “*crédito adecuado y suficiente, por importe de 10.480,52 euros, con cargo a la aplicación presupuestaria 152.23.689.99*”. Estos informes de la Intervención están incorporados al expediente (fols. 103 y 104).

3. Por último, el Acuerdo iniciador confirió, a la mercantil interesada, un trámite de audiencia, por plazo de diez días; pero no consta en el expediente la emisión por parte de la empresa de ninguna alegación.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 15 de septiembre de 2020, y registrado de entrada en este Consejo el 16 de septiembre de 2020, el Excmo. Sr. Consejero de Servicios Sociales y 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 18 de septiembre de 2020, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

1. El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), a cuyo tenor: *las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”*.

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

2. Estas consideraciones son íntegramente aplicables a “*la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos*” administrativos, que, de acuerdo con el art. 41.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP’17), “*se efectuará de conformidad con lo establecido en Capítulo I del Título V*” de la LPAC’15 (esto es, con los arts. 106 a 111 LPAC’15), lo que supone que la revisión de oficio de actos nulos ha de realizarse mediante el cauce formal establecido por el art. 106 LPAC’15. En el mismo sentido, se expresaba el art. 34.1 LCSP’11 (aplicable al caso) con remisión a la entonces vigente LPAC’92 (Ley 30/1992, 20 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), cuyo Cap. I, Tít. VII estableció el referido cauce formal

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*” efectuados en el seno de la relación contractual que nos ocupa. Por ello, sin anticipar el juicio que nos merezca el fondo de la cuestión, es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva ex art. 106.1 LPAC’15.

3. Por lo demás, como claramente se infiere del precitado art. 106.1 LPAC’15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Legislación aplicable al contrato.

1. Nos encontramos en este caso ante un expediente de contratación que se inició antes de la entrada en vigor de la LCSP’17, el 09-03-2018 (DF 16ª LCSP’17), pero que se adjudicó con posterioridad: 4-04-2018.

Este concreto supuesto, a la vista de lo establecido en la DT 1ª, apartados 1 y 2 LCSP’17 (“*1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de*

procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos. 2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”), ha venido generado en relación con la norma aplicable numerosas dudas.

Y es que, en una interpretación *sensu contrario* del citado apartado segundo, los contratos que iniciaron su tramitación con anterioridad, pero se adjudicaron con la LCSP’17 en vigor estarían sujetos a ésta en lo que se refiere a modificaciones, duración y prórrogas, mientras que las actuaciones administrativas previas se regirían por la LCSP’11 (Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público aprobado por RD-Leg. 3/2011, de 14 de noviembre) y el RCAP’01 (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre), siendo evidentes los problemas y contradicciones que esta doble aplicación normativa puede acarrear.

Desde esa óptica, este Consejo entiende razonable sostener la interpretación, mantenida, entre otros, por la JCCA de la CA de Madrid en el *Informe 2/2020, de 20 de marzo, sobre interpretación de la DT 1ª LCSP’17* al entender “**que los dos apartados de la DT 1ª LCSP’17 contienen el mismo criterio sobre la aplicación de la nueva norma, recalcando únicamente el segundo que los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos no afectados por el apartado primero, puesto que ya han sido adjudicados antes de la entrada en vigor de la ley, también han de regularse por la normativa anterior**”. Por tanto, si “*un expediente se ha iniciado antes de la entrada en vigor de la ley, conforme al criterio que, para ello, se indica en la citada DT 1ª, se regirá por la normativa anterior en todos sus aspectos, con independencia de su fecha de adjudicación*”.

En el mismo sentido, además, en la formalización del contrato efectuada el 25-04-2018, las partes se someten expresamente a lo establecido en la LCSP’11, omitiendo cualquier referencia a la LCSP’17, en ese momento ya en vigor (fol. 13 del expediente).

Ahora bien, aunque esta cuestión siga siendo discutible, lo cierto es que, a los efectos concretos que se plantean en este expediente (modificaciones contractuales), la solución no diferiría atendiendo a una y otra regulación.

2. Por otra parte, como veremos a continuación, el encargo y realización de nuevas obras no puede considerarse una *modificación* del contrato de abril de 2018, sino que entrañó la celebración de un *nuevo contrato administrativo*, ya bajo la vigencia de la LCSP’17.

Del expediente remitido a este Consejo Consultivo, no puede deducirse con plena seguridad en qué momento tuvo lugar el encargo verbal a la empresa de ejecutar obras no incluidas en el objeto del contrato suscrito, pero, a la vista de los informes emitidos por los Directores de obra, bien puede situarse aquél en diciembre de 2018, ya bajo el imperio de la LCSP'17, que entró en vigor el 09-03-2018 (DF 16ª LCSP'17) y a la que, por tanto, nos referiremos en este dictamen.

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

Tercero

La contratación verbal de nuevas obras no constituyó una modificación del contrato administrativo adjudicado el 4 de abril de 2018, sino un nuevo contrato administrativo de acuerdo con la LCSP'11 y la LCSP'17.

1. De acuerdo con lo expuesto en el Fundamento anterior, si, en primer lugar, nos atenemos a la **LCSP'11, los arts. 105 a 108**, 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).

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”*.

Pues bien, el PCAP del contrato adjudicado en abril de 2018 (PCAP 26º y ap. 23 del Anexo) **no** previó la posibilidad de ser modificarlo (expresamente señala: *“Modificación del contrato: no está prevista”*) y, por tanto y lógicamente, no determinó condición o límite alguno.

Por lo que hace a las modificaciones *“no previstas”*, incluso en la hipótesis de que se considerase concurrente alguno de los supuestos tasados por el art. 107.1 LCSP'11 como habilitantes de la modificación contractual (lo que, a juicio de este Consejo, no sucede), y aunque se estimase que esa sedicente modificación no entraña una alteración de las condiciones esenciales de la contratación (art. 107.2 y 107.3 LCSP'11), lo cierto es que esa modificación habría entrañado unos requerimientos formales que tampoco se han observado en este caso.

En efecto, la modificación del contrato requiere, así, cuando menos: **i)** que se tramite un expediente de modificación contractual; **ii)** que, en su seno, se de audiencia previa al contratista (arts. 211.1 LCSP'11, 102 RCAP'01 y 26 PCAP); **iii)** que el órgano de contratación dicte una resolución de modificación del contrato; **iv)** que tal modificación se formalice en documento administrativo (arts. 156 LCSP'11 y 26 PCAP), tal como se formalizó el contrato modificado, debiendo añadirse que esa formalización (como la del propio contrato modificado, *ex art. 27.1 LCSP'11*) tiene eficacia constitutiva, pues resulta necesaria para perfeccionar la modificación; y **v)** la publicación de la modificación en el *perfil del contratante* del Ayuntamiento, al igual que fue publicada la adjudicación del contrato mismo (arts. 53 y 154.1 LCSP'11 y 44.2 PCAP).

De forma expresa, además, en relación con la modificación del contrato de obras, el art. 234.3 LCSP'11, señala que *“cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del Proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones: a) redacción de la modificación del Proyecto y aprobación técnica de la misma. b) audiencia del contratista y del redactor del Proyecto, por plazo mínimo de tres días. c) aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos”*.

Pues bien, como señalamos, nada de esto aconteció en el caso que nos ocupa, en el que la Administración local actuó de plano, verbalmente, y, por tanto, contraviniendo la prohibición legal del art. 28.1 LCSP'11 y *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”* para poder acordar una modificación contractual (art. 47.1-e LPAC'15).

2. Si observamos ahora el **régimen de modificación de contratos establecido en la LCSP'17** (arts. 204, modificaciones previstas en el PCAP; 205, modificaciones no previstas; y 242, modificación del contrato de obras) la solución no difiere, resultado igualmente contravenida la prohibición legal, ahora del art. 37.1 LCSP'17 y la nulidad *ex art. 47.1.e) LPAC'15*).

3. En suma, el encargo de nuevas obras no puede considerarse una modificación y, muchos menos, una modificación válida del contrato adjudicado, sin perjuicio de que, al haberse realizado éstas efectivamente, las consecuencias de la consiguiente declaración de nulidad habrían de ser las mismas que interpretando -tal y como haremos a continuación-, que, **en realidad, estamos en presencia de un nuevo contrato administrativo**. Dichas consecuencias no son otras que 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.

Cuarto

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 de Logroño adjudicó, en el mes de abril de 2018, un contrato de obra (art. 6.1 LCSP'11), por una cuantía máxima total de 928.316, 27 euros, IVA incluido, cuya vigencia temporal máxima se extendía hasta el 16-12-2018. De este modo y dados los términos en los que se fijó el contenido del contrato al ser adjudicado, su vigencia estaba sujeta a un límite temporal, cualitativo y cuantitativo.

-*Temporal*, pues el vínculo contractual se extinguiría, como fecha más tardía, el 16-12-2018;

-*Cualitativo*, dado que las obras que debían ejecutarse eran las definidas en el “*Proyecto de rehabilitación Estación de autobuses, fachadas y elementos varios*”, redactado en junio de 2017 por los Arquitectos del Ayuntamiento de Logroño; y

-*Cuantitativo*, porque la prestación objeto del contrato consistía en la realización de obras hasta un importe máximo total de 928.316,27 euros, habiendo quedado excluido la revisión de precios (cláusula 8º del contrato; 30º PCAP; y ap. 7º Anexo I), a la vista de las características del contrato y su plazo de ejecución.

De manera que, rebasado cualquiera de esos límites, el vínculo contractual quedaría extinguido.

2. Pues bien, como se ha señalado, el Ayuntamiento encargó, a la empresa adjudicataria: i) nuevas obras no previstas en el Proyecto; ii) por un importe final (según consta en el informe de 30-11-2019, fol. 98), de 31.671,63 euros, IVA incluido, que suponía un 3,4% de incremento sobre el precio fijado en el contrato; y iii) para ejecutarlas, al menos en parte, una vez concluido el periodo de vigencia del contrato administrativo que, con anterioridad, mediaba entre ambas partes y que no fue prorrogado.

Que ese encargo municipal *verbal* tuvo realmente lugar es indiscutible pues, no sólo lo afirma la JGL en su Acuerdo de 15-07-2020, sino que lo evidencia la conducta posterior, tanto de la empresa, que realizó esas obras, como del propio Ayuntamiento, el cual reconoce también que las obras han sido ejecutadas; por lo que es claro que nunca se opuso a esa prestación por la empresa; lo que, a su vez, resulta coherente con la existencia de aquella encomienda verbal.

3. 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.

4. 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 empresa expresada 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*.

5. 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 y sin perjuicio de que se sustentase en un proyecto de obra modificado que nunca llegó a aprobarse. 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).

Por otra parte, aunque el encargo se verificó verbalmente, la redacción del Proyecto modificado y el informe de liquidación de 30-11-2019 permiten tomar conocimiento del valor estimado de dicho contrato (31.671,63 euros, IVA incluido). Su importe es, así, inferior al límite legal de 40.000 euros que, conforme al art. 118.1 LCSP'17, permite la celebración de un contrato menor de obras.

6. 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.

Quinto

Nulidad de pleno Derecho

A nuestro juicio, es evidente que el acto de adjudicación del contrato de obras objeto de este expediente 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 que nos ocupa 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 han de ajustarse 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:

A) 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 la llevan a hacer uso de fondos públicos para la construcción de una determinada obra o la recepción de un concreto servicio o suministro; por lo que, en definitiva, a través de ese trámite del procedimiento de contratación, se hacen efectivos los principios constitucionales aludidos.

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

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

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

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

B) 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 *libre 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) *prever* 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.

C) 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 dimanen 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 500/1990).

Ciertamente y tal como prevén los arts. 184.2 LHL'04 y 68 RD 500/1990, la Base 31 de las BEP'18 prevé diversos supuestos de acumulación de fases que afectan, específicamente, a los contratos menores. Ahora bien, de lo que el órgano de contratación que no puede 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 las nuevas obras, 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 vigente en el año 2018-, 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 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 VII 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; la concurrencia en éstos de un vicio de nulidad de los tipificados genéricamente por el art. 47 LPAC'15, acarreará también, inevitablemente, la del contrato mismo, tal como expresa el ya citado art. 39.1 LCSP'17.

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 empresa que había realizado las obras hasta ese momento, bajo la errónea apariencia de que se estaba ante una mera modificación contractual que hemos ya descartado.

Resultando, en suma, el hecho de que el Ayuntamiento no emitió 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 la certificación de obra y las facturas giradas por la empresa adjudicataria.

Pero la factura, como se ha señalado, no es un documento *previo*, que contribuya a habilitar a la Administración a adjudicar el contrato menor, sino, que, bien al contrario, se emite 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 dos informes de la Intervención municipal de 10 y 15 de enero de 2020 (fols. 103 y 104 del expediente), que reconoce la disponibilidad de financiación por importes de 4.109,09 euros, IVA incluido, y de 10.480,52 euros, IVA incluido. Pero ello no suple la operación de retención de crédito que debido verificarse *antes* de la adjudicación del nuevo contrato de obra y *con cargo al crédito presupuestario correspondiente del ejercicio 2018*, que fue el ejercicio en el que se contrató.

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.

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

1. La invalidez del acto de adjudicación contractual se comunica automáticamente al contrato mismo. Ciertamente, el *acto administrativo de adjudicación* y el *contrato administrativo* son actos jurídicos diferentes. Mientras que el acto administrativo adjudicatorio es *unilateral*, y a través de él se manifiesta la voluntad exclusiva de la Administración (órgano de contratación); el *contrato administrativo* es un *vínculo jurídico bilateral* que se perfecciona como consecuencia de un *acuerdo de voluntades* o, expuesto con más precisión, mediante la *formalización* de ese acuerdo de voluntades (arts. 36.1 LCSP’17), formalización que, generalmente, deberá ser escrita (arts. 37.2 y 153), con las solas excepciones y matizaciones a esta regla establecidas, por los arts. 37.1, 37.2, 118 y 153.2 LCSP’17, para los contratos *menores* y *de emergencia*.

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

Este principio inspira el precitado art. 38.b) LCSP’17, y también el art. 42.1 LCSP’17, a cuyo tenor “*la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del contrato mismo*”,

La *ratio* de estos preceptos resulta evidente: el expediente de contratación y el subsiguiente procedimiento de adjudicación constituyen una sucesión de trámites encaminados, precisamente, a permitir la formación regular de la voluntad contractual de la Administración, y a que ésta, por su contenido, sea conforme con los principios que gobiernan la contratación pública (selección de la oferta más ventajosa, publicidad, libre

conurrencia, 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 el que nos ocupa- obliga a deshacer el intercambio de prestaciones que tuvo lugar entre las partes por virtud de ese contrato; debiendo, cada una de ellas, o bien devolver a la otra lo que de ella recibió, o bien, si tal devolución *in natura* fuese imposible, entregarle el valor económico de aquella prestación recibida ya de forma irrestituible.

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

Pero, obsérvese bien que, en supuestos como el que nos atañe, la obligación de que el Ayuntamiento indemnice a la mercantil con una cantidad económica no deriva de un principio general del Derecho (la *interdicción del enriquecimiento injusto*), sino de una fuente normativa prevalente *ex art. 1.1. Cc*, como es un precepto del ordenamiento jurídico positivo, el precitado art. 42.1 LCSP.

4. En este caso, es indiscutible que las obras se han ejecutado, 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 empresa debe percibir ha de ascender a 31.671,63 euros, IVA incluido (sin perjuicio de lo que señalaremos en el Fundamento undécimo), que es valor asignado a las obras ejecutadas por el Proyecto modificado y el informe de liquidación de 30-11-2019.

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

- Por lo que hace al principal (base imponible), porque se trata de una cantidad equivalente al precio que *ese tipo de obras* tenían, *según las mismas partes* y conforme al *contrato 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 referido refleja el coste económico que el Ayuntamiento habría debido padecer para realizar las mismas obras, 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 efectuado prestaciones 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. 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 de las obras.

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

las obras, 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 (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 Juntas de Gobierno Local (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 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. 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, 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 de diciembre de 2011): “*nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización, que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el art. 35.1 de la Ley de Contratos [hoy, art. 42.1 LCSP’17] (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del Derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para **tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio** de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno Derecho **con la compensación por los trabajos realizados** prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma*”.

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) se ha conferido audiencia a la empresa adjudicataria, que no ha formulado alegaciones, aunque sí constan las facturas giradas como consecuencia de las obras ejecutadas; ii) el acta de recepción de obras reconoce su ejecución “conforme al conjunto de prescripciones contractuales previstas”; iii) y el informe de 30-11-2019 emitido por la DGA, con el conforme de la Asesoría Jurídica municipal, propone reconocer el importe al contratista conforme a la Certificación de obra 10ª y final de 30-11-2019.

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 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), en relación con los arts. 73.1.c) y 73.4 LGP’03 (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria), así como con los arts. 65.1.c) y 65.4 LHR’13 (Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda de La Rioja).

2. La circunstancia de que el acuerdo de adjudicación de un contrato sea nulo acarrea una serie de consecuencias sustantivas y procedimentales, debiendo incidirse en que nuestro ordenamiento jurídico (art. 42 LCSP’17) establece un *mecanismo específico de reacción* frente a estos supuestos de hecho, que debe diferenciarse de otras instituciones jurídicas y de otros procedimientos administrativos diferentes 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.

A) 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”.

B) 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.

C) 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, 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 ejecución de las nuevas obras, 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.

Además, aunque el expediente administrativo evidencia que ahora sí existe en el Presupuesto municipal crédito adecuado y suficiente para hacer frente a los gastos ocasionados por la contratación del servicio (cfr. los informes de la Intervención de 10 y 15 de enero de 2020), tal circunstancia no convalida la carencia de crédito presupuestario en el momento de la contratación, máxime cuando de lo que tratamos ahora no es de un

eventual vicio de carencia o insuficiencia de crédito presupuestario en el momento de contratar, sino, mucho antes, de la propia ilegalidad del acto mismo 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.

Undécimo

Determinación del importe pendiente de indemnizar

En coherencia con lo señalado anteriormente, la nulidad de la adjudicación contractual de nuevas obras debe llevar a la liquidación del contrato y a la restitución de las prestaciones *ex art. 42.1 LCSP'17*. Y, según hemos visto, su importe ha sido de 31.671,63 euros.

Sin embargo, dicho importe ha quedado integrado en la Certificación de obra 10ª y final de 30-11-2019 del contrato suscrito con la empresa en abril de 2018, de lo que resulta que sólo se halla pendiente un importe de 14.589,61 euros, IVA, puesto que dicha Certificación ha tenido a su vez en cuenta el decremento de precio del contrato originado por la variación en las mediciones finales de la obra ejecutada.

En este sentido, la revisión de oficio planteada por la JGL de 15 de julio de 2020 se halla vinculada genéricamente y sin distinción alguna a los actos nulos de la *“Contratación de obras de rehabilitación de la estación de autobuses, fachadas y elementos varios, por importe de 14.589, 61 euros, IVA incluido”*.

En conexión con ello, debe advertirse que el **plazo** de ejecución de las obras objeto del contrato adjudicado **finalizaba el día 16-12-2018**; y, según dispone la cláusula 8 PCAP, dicho plazo *“únicamente podrá ampliarse por causa justificada no imputable a la empresa contratista, que impida realizar las obras en los plazos parciales y en los totales”, y “deberá ser solicitada los 15 días siguientes a aquel en que se produzca la causa justificativa”*.

Ciertamente, con fecha 5-12-2018, la empresa presentó tal escrito, solicitando una ampliación de 38 días laborables (hasta el día 12-02-2019), pero ésta no tuvo respuesta formal por parte del Ayuntamiento.

Prescindiéndose así nuevamente del cauce jurídico establecido, según se deduce de los informes de los Directores de obra de 15-02-2019 y 30-11-2019, **el plazo fue**

tácitamente, prorrogado, a fin de evitar los perjuicios que generaría la paralización de las obras, proponiéndose, en consecuencia, ***“convalidar las instrucciones efectuadas al contratista por la Dirección de obra, reconociendo la prórroga tácita para su ejecución hasta el día 12 de febrero de 2019, en el que realmente se finalizaron”***.

Ello nos lleva, una vez más, a una omisión plena del procedimiento legalmente establecido (art. 23.2 LCSP'11: *“la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes”*; y art. 29.2 LCSP'17) y, por ende, a la calificación de nulidad ex art. 47.1.e) LPAC'15. Ello sentado, al haberse prestado efectivamente los servicios, las consecuencias de dicha declaración de nulidad habrían de ser también aquí las establecidas en los ya examinados art. 35.1 LCSP'11 y el hoy vigente art. 42.1 LCSP'17, que tiene su mismo contenido.

CONCLUSIONES

Primera

El Ayuntamiento de Logroño, al encargar verbalmente a la empresa la ejecución de obras distintas a las que fueron objeto del contrato que tenían suscrito, 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 referida empresa, de la cantidad de 14.589, 61euros, 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