

En Logroño, a 20 de julio de 2020, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del artículo 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. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

50/20

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Alcalde de Logroño, a través de la Consejería de Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, en relación con la *Revisión de oficio de los actos administrativos de contratación verbal del suministro de material de oficina de uso común (Lote I) a la empresa E.P.T.S.A., por importe de 1.287,42 euros, IVA incluido.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

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

1. Por Acuerdo de 23-11-2016, la Junta de Gobierno Local (JGL) del Ayuntamiento de Logroño adjudicó a la precitada mercantil el contrato administrativo de suministro de material de oficina de uso común para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 por un importe total, IVA incluido, de 40.000 euros. Para ello, el Ayuntamiento de Logroño había tramitado un procedimiento para la contratación del referido suministro, aprobando al respecto el correspondiente expediente de contratación y adjudicando el contrato por los cauces del procedimiento abierto de tramitación ordinaria

2. La misma JGL, por Acuerdo de 07-12-2016, modificó la imputación presupuestaria del gasto correspondiente al referido contrato para ajustarla al inicio real de la prestación de los servicios el 01-12-2016, fijando las siguientes cantidades: i) en 2016, la cantidad de 6.666,66 euros; ii) en 2017, la de 20.000,00 euros; y iii) en 2018, la de 13.333,34 euros.

3. Como quiera que el presupuesto municipal de gastos se configuró, a partir del año 2016, desde el mes de diciembre de un ejercicio hasta el mes de noviembre del ejercicio siguiente, la JGL, por Acuerdo de 13-12-2017, volvió a modificar la imputación presupuestaria del mencionado contrato, que quedó de la siguiente forma: i) en 2017 (de diciembre de 2016 a noviembre de 2017), la cantidad de 20.000 euros; y ii) en 2018 (de diciembre de 2017 a noviembre de 2018), la de 20.000 euros.

4. Al haberse detectado la necesidad de ampliar el gasto aprobado para el ejercicio de 2018, la JGL, por Acuerdo de 24-10-2018, amplió el gasto para ese ejercicio en la cuantía de 1.333,33 euros, IVA incluido, sobre la base de los informes, de 18-10-2018 y 19-10-2018, de la Intervención municipal, sobre, respectivamente, existencia de crédito para hacer frente al gasto y fiscalización de dicha ampliación.

5. Además, se produjeron las siguientes circunstancias: i) que la citada ampliación resultó insuficiente para hacer frente a las necesidades reales de material de oficina de uso común; ii) que no se dispuso de crédito suficiente para financiarlas; iii) que, aun habiéndose superado la cifra de 40.000 euros, que constituye el precio del contrato, el Ayuntamiento siguió encargando suministros a la mercantil; iv) que el periodo de vigencia temporal del contrato antes referido finalizaba en noviembre de 2018; y v) que, sin embargo, la mercantil adjudicataria ha continuado suministrando material de oficina hasta el inicio del nuevo contrato de suministro, que se formalizó en el mes de marzo de 2019. En particular, cuando ya se había agotado el crédito disponible, el Ayuntamiento requirió a la mercantil la realización de dos suministros, por los que esta le giró, en los meses de mayo y diciembre de 2018 dos facturas por importe total de 1.287,42 euros, IVA incluido.

6. De cuanto acaba de exponerse, puede concluirse que existe plena conformidad entre el Ayuntamiento y la referida mercantil acerca de lo siguiente: **i)** que, agotada la cuantía a la que ascendía el precio del contrato adjudicado en 2016, la mercantil ha seguido prestando el servicio de suministro de material de oficina de uso común; **ii)** que lo ha hecho por habérselo encargado verbalmente el Ayuntamiento; **iii)** que tal prestación se ha prolongado, al menos, durante el periodo comprendido entre *mayo de 2018 y marzo de 2019*; **iv)** que el valor de los suministros realizados entre las fechas anteriores asciende, al menos, a 1.287,42 euros, IVA incluido.

Segundo

1. La Dirección General de Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios (DGCS) del Ayuntamiento actuante y la Asesoría Jurídica municipal emitieron, el 25-11-2019, un informe conjunto en el que, a la vista de las circunstancias expuestas, concluyeron que:

“El Ayuntamiento de Logroño... deberá incoar, a través de Acuerdo de JGL, procedimiento de revisión de nulos de la contratación verbal del suministro de material de encuadernación e impresión especial, cuyo suministro se ha continuado prestando generándose las correspondientes obligaciones. A estos efectos, se dará traslado del Acuerdo (que incorporará la retención de crédito por el importe de los servicios prestados) al interesado, para la realización de alegaciones, en caso de que lo estime oportuno; se dará, igualmente, traslado del expediente al Consejo Consultivo de La Rioja a efectos de su dictamen previo a declaración de nulidad”.

2. Sobre la base de ese informe, la JGL, por Acuerdo de 11-12-2019, dispuso iniciar el procedimiento para la revisión de oficio *“de actos nulos de la contratación verbal suministro de material de encuadernación e impresión especial”*. El Acuerdo, además de describir los antecedentes fácticos que hemos enumerado, señala que *“existe informe de la Intervención General, sin indicarse la fecha, acreditativo de la existencia de crédito adecuado y suficiente”*.

Ese informe figura en el fol. 25 del expediente y se trata de un documento, fechado el 03-12-2019 y denominado de *“Retención créditos Reconoc. extrajudic.”* por importe de 1.287,42 euros, con cargo a la aplicación presupuestaria del ejercicio 2019 definida como *“código contable G1 920.00 220.00, Administración general, material de oficina”*.

Por último, el Acuerdo iniciador de 11-12-2019 confirió, a la mercantil interesada, el trámite de audiencia, por plazo de diez días.

3. No consta que la mercantil contratista haya formulado alegación alguna.

4. Al expediente revisor, se han incorporado también las facturas que la citada mercantil ha presentado por los suministros realizados en el periodo a que se refiere este expediente y cuyo importe es el referido de 1.287,42 euros, IVA incluido.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 2 de junio de 2020, registrado de entrada en este Consejo el 3 de junio de 2020, el Ayuntamiento de Logroño, a través de la Consejería de Gobernanza Pública del Gobierno de la Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito de 4 de junio de 2020, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 4 de junio de 2020, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

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

2. 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).

3. Estas consideraciones son íntegramente aplicables a "*la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos*" administrativos, que, de acuerdo con el art. 41.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17), "*se efectuará de conformidad con lo establecido en Capítulo I del Título V*" de la LPAC'15 (esto es, con los arts. 106 a 111 LPAC'15), lo que supone que la

revisión de oficio de actos nulos ha de realizarse mediante el cauce formal establecido por el art. 106 LPAC'15.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Logroño ha tramitado un expediente encaminado a la declaración de nulidad, radical o de pleno Derecho, de los “*actos administrativos de contratación verbal*” del contrato reseñado. Por ello, sin anticipar el juicio que nos merezca el fondo de la cuestión, es claro que la intervención del Consejo Consultivo en ese procedimiento revisor resulta preceptiva *ex art. 106.1 LPAC'15*.

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

Segundo **Consideraciones 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 noviembre de 2016, un contrato de suministro de material de oficina por una cuantía máxima total de 40.000 euros, IVA incluido.

El art. 9.3.a) del TR de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por RD-Leg 3/2011, de 14 de noviembre, LCSP'11), vigente en ese momento, disponía que también son contratos de suministro “*aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente*”, previsión idéntica a la que hoy contiene el art. 16.3.a) LCSP'17.

Pero, en este caso, el contrato adjudicó la realización de suministros de material de oficina hasta una cifra máxima total (40.000 euros, IVA incluido). Además, la vigencia temporal máxima del contrato se extendía hasta noviembre de 2018.

De este modo, y dados los términos en los que se fijó el contenido del contrato al ser adjudicado, su vigencia estaba sujeta un doble límite: temporal por un lado, y cuantitativo u objetivo por otro.

i) *Temporal*, pues el vínculo contractual se extinguiría, como fecha más tardía, en el mes de noviembre de 2018;

ii) *Cuantitativo u objetivo*, porque la prestación objeto del contrato consistía en la realización de suministros hasta un importe de máximo posible de 40.000 euros, de modo que el Ayuntamiento sólo podría requerir de la mercantil la entrega de suministros hasta esa cifra máxima de 40.000 euros, IVA incluido.

Una vez rebasado cualquiera de esos dos límites, el vínculo contractual quedaría extinguido.

2. Pues bien, como se ha señalado, el Ayuntamiento encargó a la mercantil precitada que continuara prestando el servicio de suministro de material de oficina de uso común cuando ya se habían agotado los 40.000 euros de cuantía máxima, encargando suministros por valor de 1.287,42 euros. E incluso siguió haciéndolo tras la conclusión del periodo de vigencia del contrato administrativo que, con anterioridad, mediaba entre ambas partes. Que ese encargo verbal tuvo realmente lugar es indiscutible, pues no sólo lo afirma la JGL en su Acuerdo de 11-12-2019, sino que lo evidencia la conducta posterior tanto de la mercantil, que realizó esos suministros, como del propio Ayuntamiento, que reconoce también que esos suministros han sido prestados, por lo que es claro que nunca se opuso a esa prestación por la mercantil, 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 mercantil 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. 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 por razón de su naturaleza verbal no es posible venir en conocimiento del valor estimado de dicho contrato, el importe de los suministros que figuran realizados (1.287, 42 euros) es inferior al límite legal de 15.000 euros que, conforme al art. 118.1 LCSP’17 permite la celebración de un contrato menor de suministro.

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

Tercero

Legislación aplicable al contrato.

Del expediente remitido a este Consejo Consultivo, no puede deducirse con plena seguridad en qué momento tuvo lugar el encargo verbal de continuar con los suministros de material de oficina de uso común adicionales a los contratados en 2016.

Del informe de 25-11-2019 y de las facturas emitidas por la mercantil, parece desprenderse que tal encargo tuvo lugar en el mes de mayo de 2018, y se extendió hasta el mes de marzo de 2019, hasta que se produjo la adjudicación del nuevo contrato de

suministro. Por lo tanto, puede decirse que ese encargo verbal tuvo lugar en el mes de mayo de 2018, y, por lo tanto, ya bajo el imperio de la LCSP'17, que entró en vigor el 09-03-2018 (DF 16ª LCSP'17).

En este mismo sentido, de acuerdo con la DT-1ª LCSP'17 (apartados 1º y 2º), la legislación anterior (esto es, la LCSP'11) resultaría aplicable a “*los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley*” y a “*los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”.

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 le resulta aplicable la LCSP'17 en su redacción original.

Cuarto

Nulidad de pleno Derecho

A nuestro juicio, es evidente que el acto de adjudicación del contrato de suministro 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.

Quinto

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 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:

1/ La justificación de la necesidad de la contratación.

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

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

En línea con lo razonado por la JCCA y, si bien se observa, el informe justificativo al que se refiere el art. 118.1 LCSP'17 es el documento escrito a través del cual la Administración contratante exterioriza las razones de la contratación, es decir, los motivos que 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.

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

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

Como más adelante se expondrá, en los contratos menores, el órgano de contratación puede adjudicar directamente el contrato a un empresario determinado (art. 131.3 LCSP'17), lo que permite suprimir el principio general de concurrencia o *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) *precaver* que lleguen a consumarse situaciones ilícitas, como se produciría si se adjudicase directamente un contrato a un empresario y posteriormente, cuando la prestación haya sido ejecutada, se advirtiese que el objeto contractual ha sido seccionado indebidamente y que el contrato hubiera debido adjudicarse mediante los procedimientos ordinarios.

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

3/ La aprobación del gasto.

En los contratos menores, el expediente de contratación debe integrar también la *documentación que acredite la aprobación del gasto*. En efecto, el expediente de ejecución del presupuesto de gastos no es sino el procedimiento administrativo (si

se quiere, accesorio o vinculado al procedimiento principal que, en este caso, es el de contratación) a través del cual se hacen efectivas, con cargo a los créditos correspondientes del presupuesto municipal, las obligaciones económicas que para la entidad local 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 500/1900).

Ciertamente y tal como prevén los arts. 184.2 LHL'04 y 68 RD 500/1900, la Base 31 de las BEP'18 prevé diversos supuestos de acumulación de fases que afectan, específicamente, a los contratos menores.

Así, la Base 31.4.g) BEP'18 permite acumular las fases de aprobación y compromiso de gasto (“A” y “D”) en los supuestos de “*contratos menores*”. Y, aún más, la Base 31.6.f) BEP'18, permite acumular las fases de autorización, compromiso y reconocimiento de la obligación (fases “A”, “D” y “O”), en una única fase “ADO”, cuando se trate, como acontece en el caso que nos ocupa, de “*gastos menores, es decir, aquellos que individualmente no superen los 3.000 euros*” y que consistan, entre otros supuestos, en “*gastos en ... suministros no inventariables y que no supongan fraccionamiento del gasto*”. En este punto, debe aclararse que, conforme a la Base 31.7 de las BEP'18, es necesario, para que los gastos tengan la condición de “*inventariables*”, “*que superen los 3.000 euros por unidad*”, circunstancia que no ocurre aquí, por lo que, en definitiva, el Ayuntamiento podría incluso haber acumulado en este caso las fases “A”, “D” y “O”.

Tratándose de un contrato de esta naturaleza y características, en la ejecución del presupuesto de gastos el órgano de contratación podía haber acumulado esas tres fases, pero de lo que no podía abstraerse era de su obligación *previa* de haber solicitado un certificado de **existencia** de crédito, y de haber precavido la oportuna **retención** de crédito, esto es, la *reserva* de una cantidad determinada, o determinable, con cargo a la partida presupuestaria correspondiente del presupuesto 2018. Este trámite, como señala la BEP 31.1, inicia, sin excepción, la “*tramitación*” de “*toda propuesta de gasto*”.

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

Sexto

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

1. Las causas de nulidad de los contratos administrativos en la LCSP'17.

En relación con las causas de invalidez de los contratos administrativos, la LCSP'17 establece, en su art. 38.b), que "*los contratos celebrados por los poderes adjudicadores..., serán inválidos: b) cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento*

de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes”.

A su vez, el art. 39 LCSP’17, al tasar las “*causas de nulidad de Derecho administrativo*”, principia con una remisión, genérica o en bloque, a “*las indicadas en el art. 47 LPAC’15.*”(art. 39.1 LCSP’17)

Es lógico que sea así pues, si la invalidez de un contrato administrativo es la consecuencia necesaria de la invalidez de los *actos administrativos preparatorios o del procedimiento de adjudicación* (art. 38.b) LCSP’17); y, si tales actos son actos administrativos; las concurrencia en éstos de un vicio de nulidad de los tipificados genéricamente por el art. 47 LPAC’15, acarreará también, inevitablemente, la del contrato mismo, tal como expresa el ya citado art. 39.1 LCSP’17.

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

Pues bien, sin necesidad de analizar la posible presencia, en este caso, de otras causas de nulidad específicas, como las enumeradas por el art. 39.2 LCSP’17, lo cierto es: **i)** que el acto de adjudicación se dictó sin que se observase ninguno de los trámites que necesariamente debían precederle, y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y **ii)** que tal vicio entraña la nulidad del acto de adjudicación, conforme al art. 47.1.e) LPAC’15.

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

Pero, se insiste; no es ese el escenario que nos ocupa, sino que la Administración local, sencillamente, no realizó, en este caso, ninguno de esos trámites, sino que encomendó el contrato, de plano, a la mercantil que había realizado el suministro anterior.

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

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

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

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

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

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

En parecidos términos, obra en el expediente remitido a este Consejo Consultivo un documento “RC” de retención de crédito, por importe de 1.287,42 euros. Pero esa operación de retención de crédito no es la que hubiera debido verificarse *antes* de la adjudicación del nuevo contrato de suministro y *con cargo al crédito presupuestario correspondiente del ejercicio 2018*, que fue el ejercicio en el que se contrató ese suministro; sino que se ha realizado ya, *a posteriori*, con cargo a un crédito presupuestario del ejercicio correspondiente (2019), con posterioridad a la ejecución del servicio y con carácter, si se quiere expresar así, *remedial* o *reactivo*, esto es, para satisfacer las obligaciones económicas que la Administración local prevé que se le deriven, no directamente del contrato mismo, sino de un hipotético reconocimiento extrajudicial de créditos. Así lo revela propia información que proporciona ese documento contable (“*Operación: Retención Créditos Reconoc. Extrajudic*”).

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

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

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

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

La *tramitación de emergencia* no constituye, en rigor, un tipo de procedimiento de adjudicación contractual, sino un régimen excepcional de contratación que, bajo ciertas circunstancias, exonera a la Administración de su obligación general de aprobar un expediente de contratación, y que, además, frente a lo que es también una regla general, le permite adjudicar libremente un contrato, “*sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley*”.

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

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

Atendiendo a las razones ofrecidas en el informe de 25-11-2019, el Ayuntamiento debe tramitar los expedientes de contratación, con la necesaria antelación para evitar situaciones como la producida en este expediente en el que la finalización de la vigencia de un contrato determinado se produce sin que se haya operado la nueva adjudicación del servicio.

En definitiva, el Ayuntamiento de Logroño no se vio apremiado por ningún hecho catastrófico o por ningún acontecimiento imprevisible o extraño a su voluntad, sino por su

propia falta de diligencia en la tramitación de un nuevo contrato que le garantizara que, al término de los suministros contratados (lo que habría de suceder cuando se agotara la cuantía máxima objeto del contrato) pudiera contar con un nuevo contrato, situación que es bien distinta de la que le hubiera habilitado a hacer uso del régimen especial de la tramitación de emergencia.

5. Recapitulación.

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

Séptimo

Consecuencias de la nulidad del acto de adjudicación del contrato de suministro de encuadernación e impresión especial.

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

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

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

La *ratio* de estos preceptos resulta evidente: el expediente de contratación y el subsiguiente procedimiento de adjudicación constituyen una sucesión de trámites encaminados, precisamente, a permitir la formación regular de la voluntad contractual de la Administración, y a que ésta, por su contenido, sea conforme con los principios que gobiernan la contratación pública (selección de la oferta más ventajosa, publicidad, libre concurrencia, no discriminación de licitadores, entre otros). De este modo, si esos actos preparatorios y de adjudicación son inválidos, también lo ha de ser el contrato mismo.

2. Esto dicho, si, en el caso que nos ocupa, el acto de adjudicación del contrato es nulo de pleno Derecho, la consecuencia es la propia nulidad del vínculo contractual que el Ayuntamiento y la mercantil pretendieron establecer pues, con arreglo al art. 42.1 LCSP, *“la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato”*.

3. A partir de ahí, la nulidad del contrato entraña que, como señala el art. 42.1 LCSP'17, dicho contrato *“entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

Como puede verse, la regla jurídica que late en el art. 42.1 LCSP'17 es la misma que anima, en el ámbito de la contratación civil, los arts. 1.303 y 1.307 Cc.

En efecto, la declaración de ser nulo un contrato sinalagmático -como lo es 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

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

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

A partir de ahí, el importe de la indemnización que la mercantil debe percibir ha de ascender a los 1.287,42 (IVA incluido) facturados por ella misma.

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

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

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

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

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

Por último, del expediente remitido a este Consejo Consultivo no se desprende que exista disconformidad entre el Ayuntamiento y la contratista sobre el valor económico de los suministros, debiendo recordarse que la mercantil, a la que se ha dado audiencia en el procedimiento de revisión de oficio, no ha formulado alegación alguna.

Octavo

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) por un lado, se ha conferido audiencia a la mercantil, que no ha formulado alegaciones, aunque sí constan las facturas giradas como consecuencia de los suministros objeto de este expediente; ii) por otro lado, el informe conjunto (de los Servicios Jurídicos municipales y de la DGCS) de 25-11-2019 reconoce que esos suministros se requirieron y realizaron cuando ya se había agotado la cuantía máxima de 40.000 €; e incluso que la mercantil adjudicataria del contrato anterior continuó suministrando material hasta marzo de 2019, en que se adjudicó el nuevo contrato; y iii) ni el Ayuntamiento ni la adjudicataria discuten que el valor de los bienes suministrados se corresponda con el que resulta de las facturas giradas.

Noveno

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.

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

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

Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato.

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

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

Con arreglo a estos preceptos, tales procedimientos tienen su sentido y funcionalidad en los supuestos en que, siendo preceptiva la función interventora, ésta hubiera sido omitida, o cuando el Interventor manifestara, mediante la formulación del oportuno

reparo, su desacuerdo con el fondo o la forma de un determinado expediente de gasto. En tal caso, con su resolución, el órgano superior (arts. 16.3, 16.4, 32.3 y 32.4 RD 2188/1995, y art. 217 LHL'04) suple la omisión o falta de la función interventora, o resuelve la discrepancia planteada por la Intervención, salvo, obviamente, cuando el reparo se refiera a un vicio que no puede ser subsanado por medio de tales procedimientos, como es el caso de los actos que implican nulidad de pleno Derecho.

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

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

Dicho procedimiento se regula por el art. 60.2 del RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolló el Capítulo primero del Título Sexto de la 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 adquisición de nuevos suministros, 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. el informe de la Intervención de 30-09-2019), 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.

Décimo

Consideración final

1. Las consideraciones precedentes se han realizado -como se ha señalado con anterioridad- sobre la base de estimar que la adjudicación verbal, a favor de la mercantil interesada, del suministro de productos cuando ya se había agotado la cuantía total objeto del contrato adjudicado en noviembre de 2016 no puede considerarse una *modificación* del contrato de enero de 2018, sino que entrañó la celebración de un *nuevo contrato administrativo*.

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

A) El contrato inicial se adjudicó mediante Resolución de 23-11-2016, fecha que es anterior a la entrada en vigor de la LCSP'17, que tuvo lugar el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª LCSP'17). Esto supone que, conforme a la DT 1ª-2 LCSP'17, tal contrato de noviembre de 2016 se habría regido "*en cuanto a... su modificación,... por la normativa anterior*", esto es, por la LCSP'11.

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

C) Respecto a las modificaciones "*previstas*", el art. 106 LCSP'11 exige que, "*en los pliegos o en el anuncio de licitación, se haya advertido expresamente de esta*

posibilidad y se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma.”

Pues bien, el PCAP del contrato adjudicado en noviembre de 2016 no sólo no previó la posibilidad de ser modificarlo, sino que dispuso expresamente que en el contrato “*no está prevista*” modificación alguna (Apartado 25º del Anexo I del PCAP, “*Especificaciones del contrato*”, en relación con la Cláusula 13ª del PCAP).

D) 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 habría requerido, cuando menos: **i)** Que se hubiera tramitado un expediente de modificación contractual; **ii)** Que, en su seno, se hubiera dado audiencia previa al contratista (art. 211.1 LCSP’11, art. 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, y Cláusula 13.2 PCAP); **iii)** Que el Órgano de Contratación hubiera dictado una resolución de modificación del contrato; **iv)** Que tal modificación se hubiera formalizado en documento administrativo (arts. 156 LCSP’11 y Cláusula 13.2 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- sí hubiera tenido eficacia constitutiva, pues resultaba 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 Cláusula 32.2 PCAP).

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

De este modo, la contratación en forma de nuevos suministros debería haberse realizado mediante la celebración de un nuevo contrato, observando los trámites y exigencias formales ya analizados, que, como se ha señalado, fueron completamente omitidos por la Corporación local.

CONCLUSIONES

Primera

El Ayuntamiento de Logroño, al encargar verbalmente a la mercantil precitada que continuase suministrando material de suministro de oficina de uso común, 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 mercantil, de la cantidad de 1.287,42 euros (IVA incluido).

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero