

Revisiones de oficio sucesivas de un mismo contrato verbal

HELENA MORA BALCELLS

*Responsable de Estudios e Investigación
de la Comissió Jurídica Assessora*

PILAR MARÍ LÓPEZ

Becaria de la Comissió Jurídica Assessora

- 1. Introducción**
- 2. Primer supuesto de sucesivas solicitudes de dictamen sobre un mismo encargo verbal**
 - 2.1. Dictamen 378/2022, favorable a la revisión de oficio
 - 2.2. Dictamen 174/2023, desfavorable a la revisión de oficio
 - 2.3. Dictamen 218/2023, de nuevo desfavorable a la revisión de oficio
- 3. Otros casos similares dictaminados por la Comissió**
- 4. Doctrina de otros órganos consultivos**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

1

Introducción

En la contratación de algunas Administraciones públicas se incurre, con demasiada frecuencia, en vicios de nulidad que comportan la tramitación de expedientes de revisión de oficio y, en consecuencia, la solicitud de dictamen de los órganos consultivos competentes para preservar la legalidad.

En los expedientes relativos a esta cuestión que dictamina la Comissió Jurídica Assessora, el vicio constitutivo de nulidad más común deriva de la contratación verbal, supuesto subsumible, de acuerdo con la doctrina del alto órgano consultivo del Gobierno, en la causa de nulidad de pleno derecho que consiste en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para adjudicar el contrato, prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) –por remisión del artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector pú-

blico, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP)—. De hecho, en el período que va desde principios de 2022 hasta el cierre de este artículo, la Comissió ha dictaminado sobre 82 revisiones de oficio en relación con contratos del sector público irregulares, la inmensa mayoría de las cuales corresponden a revisiones de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de encargos verbales.

En los expedientes anteriormente aludidos se ha mantenido la doctrina de la Comissió que considera nulo el encargo verbal hecho por la Administración a una empresa con el objeto de realizar una prestación propia de un contrato público, incluso cuando se trata de un contrato menor. Dicha causa de nulidad se da en los encargos verbales que modifican un contrato sin tramitar el procedimiento correspondiente (Dictamen 402/2021), o en los que la Administración amplía la prestación encargada al contratista, sin cobertura en los pliegos de cláusulas y más allá de lo que permite la legislación de contratos (dictámenes 272/2020, 273/2020, 90/2021 y 105/2022), o en los que suponen continuar con un contrato preexistente, finalizadas las prórrogas de un contrato anterior (dictámenes 78/2021, 79/2021, 80/2021 y 241/2021).

Entre las Administraciones públicas cuyos expedientes de revisión de oficio corresponde dictaminar a la Comissió, se encuentran entes locales que, asiduamente, remiten expedientes de revisión de oficio sobre encargos verbales en los que se ha omitido tramitar el procedimiento legalmente establecido. Por ello, es habitual que el alto órgano consultivo del Gobierno, en sus dictámenes recientes, como también han hecho el Consejo de Estado y otros órganos consultivos, manifieste su preocupación por la profusión de este tipo de actuaciones irregulares, que representan una vulneración de los principios de publicidad y concurrencia que deben inspirar la contratación administrativa, y ponga énfasis en la responsabilidad que corresponde a la autoridad consultante de adoptar las medidas necesarias que eviten la continuación y repetición de dichas conductas irregulares. Asimismo, también es frecuente la inclusión en los dictámenes de admoniciones a la corporación local en cuestión, en el sentido de que se debe evitar, dado su carácter excepcional, un uso impropio de la revisión de oficio, ya que la declaración de nulidad de un acto administrativo no debería ser la vía ordinaria para corregir supuestos de falta de planificación en el gasto o falta de diligencia en la tramitación de expedientes.

Dentro del grupo al que se alude en el párrafo anterior, un ayuntamiento ha reiterado a la Comissió sucesivas solicitudes de dictámenes de un mismo encargo verbal originario que ya se declaró nulo en virtud del primer dictamen que dicho órgano consultivo emitió, supuesto que debe diferen-

ciarse del caso en que se producen diversos contratos verbales sucesivos. Es en el primero de los supuestos aludidos en el que se centrará el presente artículo, porque la Comissió ha tenido, recientemente, la ocasión de pronunciarse. Además, al hilo de los dictámenes citados se expondrán matices doctrinales recientes sobre la indemnización al contratista por responsabilidad patrimonial de la Administración articulada en el propio expediente de revisión de oficio, así como los casos en que, según la Comissió, procede acudir al mecanismo de reconocimiento extrajudicial de créditos para pagar al contratista por la prestación de los servicios encargados, doctrina que no comparten otros órganos consultivos.

2

Primer supuesto de sucesivas solicitudes de dictamen sobre un mismo encargo verbal

Con la finalidad de acotar con precisión el supuesto de hecho que se analiza, se debe tener en cuenta que la cuestión de fondo que se plantea en el Dictamen 174/2023 es la revisión de oficio, instruida por un ayuntamiento, para declarar la nulidad de pleno derecho del contrato verbal para la prestación del servicio de recogida y mantenimiento de animales de compañía durante los meses de mayo y junio de 2022. La revisión se fundamenta en la consideración del contrato verbal como un supuesto de contratación irregular, y en la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) de la LPAC.

Efectivamente, se trata de un encargo verbal que consiste en continuar la prestación de un contrato de servicios preexistente y que finalizó, después de dos prórrogas. Por tanto, se trata de uno de los casos de contratación susceptibles de revisión de oficio de acuerdo con la doctrina de la Comissió expuesta anteriormente, pero se da el caso de que dicho órgano consultivo ya había informado favorablemente sobre la declaración de nulidad del mismo acto, y la corporación local, de acuerdo con el Dictamen 378/2022, había declarado la nulidad de la prestación contratada durante el mes de abril de 2022.

En el segundo expediente de revisión de oficio del mismo encargo verbal, el Ayuntamiento insiste en que se continuó prestando el servicio durante los meses de mayo y junio de 2022, y por ello solicita de nuevo el dictamen de la Comissió.

Pero antes de avanzar en el contenido del Dictamen 174/2023, se debe profundizar en el del Dictamen 378/2022, lo que se llevará a cabo en el apartado siguiente.

2.1

Dictamen 378/2022, favorable a la revisión de oficio

En cuanto al Dictamen 378/2022 debe hacerse referencia al fondo del asunto, a que tiene por objeto un contrato de carácter menor y al procedimiento que debe seguirse para su adjudicación, así como a la causa de nulidad en la que se ha incurrido y a los efectos de esta. También es necesario destacar que la doctrina que se expone a continuación es doctrina consolidada de la Comissió¹ y servirá como parámetro de comparación con el contenido del Dictamen 174/2023 y con otros posteriores, a los que se hará referencia en el apartado 3 de este artículo.

En relación con el fondo del asunto, cabe destacar que la técnica de Protección de Salud del Ayuntamiento emitió un informe en el que se hacía constar que había encargado verbalmente al adjudicatario del contrato que continuara prestando el servicio cuando este finalizara y hasta que se produjera una nueva licitación, puesto que se trataba de un servicio que no se podía dejar de prestar. El informe también indicaba que el adjudicatario continuó prestando el servicio hasta el 30 de abril de 2022 de forma correcta.

A la vista de lo anterior, la Comissió considera que se trata de una contratación verbal que, en atención al importe total de las facturas aportadas, debe incluirse en los parámetros de la contratación menor (artículo 131.3 de la LCSP en relación con el artículo 118.1 del mismo texto legal).

El Dictamen 378/2022 pone de manifiesto que la citada contratación menor es un procedimiento de contratación en que la adjudicación es directa y, por tanto, no requiere ni publicidad ni concurrencia. No obstante, ello no implica que no sea necesario un procedimiento, aunque sea muy simplificado. En efecto, el artículo 118 de la LCSP, que regula el expediente de contratación en contratos menores, establece, en la redacción vigente desde el 6 de febrero de 2020, los siguientes requisitos en los contratos menores, que, además, deben tener un valor estimado inferior a 15 000 euros cuando se trata de contratos de servicios (como en el caso que se dictamina): informe del órgano de contratación que justifique de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto para evitar la licitación, así como la aprobación del gasto y la incorporación de la factura.

De acuerdo con el fundamento legal anteriormente expuesto, el Dictamen 378/2022 informa favorablemente la revisión de oficio del encargo verbal efectuado, por haberse prescindido total y absolutamente del proce-

1. Castellet i Arnau (2022).

dimiento establecido (artículo 47.1.e] de la LPAC). Concretamente, considera que el hecho de realizar un encargo de forma verbal sin haber observado todos los elementos esenciales, que tienen que ser previos a la realización de la prestación objeto del contrato, es decir, sin la emisión del informe justificativo, que debe incluir el doble contenido antes citado, y sin la autorización de la realización del gasto y la reserva del crédito presupuestario correspondiente, constituye una irregularidad procedimental de gravedad determinante de nulidad.

Por lo que respecta a los efectos concretos de la declaración de nulidad, el Dictamen citado considera que la regulación de la revisión de oficio en materia de contratación pública ofrece mecanismos jurídicos suficientes para garantizar el restablecimiento del equilibrio económico de las partes de un contrato nulo: la obligación de restitución de las prestaciones y la obligación de indemnización de los daños y perjuicios causados (42.1 de la LCSP)².

En relación con la interpretación de dicho artículo hay que tener en cuenta lo mantenido por la Comissió en el Dictamen 131/2020: “La restitución obligada por el artículo 42.1 de la LCSP, en el supuesto de liquidación de un contrato nulo, solo ha de comprender el valor efectivo de la prestación realizada y no el resto de los conceptos que incluyen el valor estimado de un contrato que se presume válido. En otras palabras, utilizando la terminología del Consejo de Estado, hay que diferenciar entre el coste de la prestación y el precio del contrato. O, si se prefiere, entre los costes efectivos y el resto de componentes retributivos propios de un contrato válido [...]” (fundamento jurídico VII.5.1).

Es decir, en el caso de contrato verbal, la obligación de la Administración de pagar al contratista no deriva del contrato, que es nulo de pleno derecho, sino de la previsión legal que impone la restitución recíproca de las prestaciones como primer efecto de la liquidación del contrato nulo. En definitiva, la finalidad perseguida por el artículo 42.1 de la LCSP es que ambas partes vuelvan al estado anterior al encargo verbal y la realización de la prestación. Ello significa que el contratista tiene que quedar indemne mediante el abono del coste efectivo de su actuación, pero sin ir más allá; en particular, sin obtener el beneficio industrial propio de una contratación regular³.

En cuanto al beneficio industrial, según el criterio de la Comissió mantenido en los dictámenes 131/2020 y 272/2020, se debe tener en cuenta que

2. En efecto, como señala Bauzá Martorell (2016), en el contrato verbal conviven la nulidad y la eficacia.

3. En relación con cuál es el fundamento real del pago al contratista por la prestación realizada, es interesante la consulta de Menéndez Sebastián (2020).

“es un concepto que nunca se ha de incluir en el valor de la prestación efectivamente realizada [...], sino que se tiene que reconducir, si procede, a la vía indemnizatoria de los daños y perjuicios originados por la parte culpable [...]. Hay que recordar, en este punto, que dicha pretensión indemnizatoria puede ser objeto del mismo procedimiento de revisión de oficio, de forma que no es necesario incoar dos procedimientos diferentes (de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial). Además, el contratista puede reclamar todos los conceptos económicos —no solo el beneficio industrial— que pueda acreditar como daños; pero es necesaria la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴. Conviene recordar, en este sentido, que la Administración no puede alegar desconocimiento de la irregularidad de la contratación verbal, en los términos ya indicados” (fundamentos jurídicos VII.5.2 y VII.2, respectivamente).

2.2

Dictamen 174/2023, desfavorable a la revisión de oficio

En este caso, el objeto del expediente de revisión de oficio es exactamente el mismo encargo verbal para la prestación del servicio de recogida y mantenimiento de animales de compañía que dio lugar al Dictamen 378/2022; la única diferencia es la relativa a los meses facturados, que ahora son mayo y junio de 2022, mientras que en el citado dictamen fue el mes de abril de 2022. Efectivamente, el nuevo informe de la técnica de Protección de Salud del Ayuntamiento es idéntico al que se ha aludido en el subapartado anterior, salvo por los meses durante los cuales se ha continuado prestando el servicio. A la vista de ello, se plantea por la entidad local que el contratista tiene derecho a la restitución del valor del servicio efectuado durante los meses citados sin incluir el beneficio industrial⁵.

En el Dictamen 174/2023 la Comissió destaca que ni del expediente anterior ni del que ahora se examina se deduce que el Ayuntamiento haya iniciado la licitación de un nuevo contrato que tenga por objeto la prestación del mismo servicio o lo haya adjudicado nuevamente, ni, en su caso, cuál es

4. Previstos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

5. En cambio, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias “considera adecuado el pago del importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial, siempre que no se aprecie en ninguna de las partes el propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre concurrencia”. Selección de doctrina relativa a la “Revisión de oficio de actuaciones contractuales irregulares. Dictámenes Núm.: 7, 270, 297, 298, 302 y 307”, incluida en la Memoria del año 2022 (pp. 133 y 134).

la fecha de inicio de dicho contrato. A partir de la información de que dispone la Comissió, se presume que el encargo verbal efectuado a partir del mes de abril despliega sus efectos más allá del mes de junio de 2022, y, por tanto, todas las facturas emitidas posteriormente por el mismo proveedor y por el mismo servicio, tal como sucede en los meses de mayo y junio, derivan de la contratación verbal declarada nula de pleno derecho en el Dictamen 378/2022 de esta Comissió.

Centrados así los términos que derivan del expediente, el Dictamen 174/2023 argumenta lo siguiente: “De acuerdo con la legislación de contratos del sector público, tanto la competencia del órgano de contratación para adjudicar el contrato, como la elección de los procedimientos de adjudicación o el régimen de publicidad de los contratos, entre otros aspectos, pueden variar en función del valor estimado del contrato. Es decir, el análisis de la validez de un contrato o de un encargo verbal, en la medida que se invoca la existencia de un vicio manifiesto de procedimiento, determinante de nulidad de pleno derecho, también depende de dicha cuantificación, de forma que no se puede aceptar que la corporación fraccione ni el objeto ni la cuantía del encargo verbal realizado a los efectos de declaraciones de nulidad parciales” (fundamento jurídico VII).

En definitiva, en relación con los servicios prestados durante los meses de mayo y junio de 2022, la Comissió considera que ya se ha pronunciado sobre el contrato verbal en el Dictamen 378/2022 y que se ha declarado nulo por el órgano competente. Por lo tanto, el alto órgano consultivo aduce que, como no se trata de un encargo verbal nuevo, no se puede volver a pronunciar sobre lo que ya declaró nulo, motivo por el que se informa desfavorablemente sobre la revisión de oficio objeto del Dictamen. De ello se puede inferir que en el caso de sucesivos contratos verbales (esto es, que se presumen una pluralidad de contratos o encargos posteriores) sí que procede, en principio, que la Comissió dictamine en sentido favorable a la revisión de oficio de cada uno de ellos.

Cabe destacar, también, que el Dictamen no incluye ninguna referencia a los efectos de la nulidad, y que recuerda, en la línea apuntada anteriormente, que “el Ayuntamiento ha de observar el carácter excepcional de la revisión de oficio y debe evitar hacer un uso impropio de dicho mecanismo excepcional, ya que la declaración de nulidad de un acto administrativo no debería ser la vía ordinaria para corregir supuestos de falta de planificación en el gasto o de falta de diligencia en la tramitación de expedientes, y no se debería acudir a la revisión de oficio como procedimiento para convalidar el gasto y posibilitar el pago de las prestaciones realizadas” (fundamento jurídico VII)⁶.

6. En relación con las causas de la contratación verbal, se puede consultar Mas i Casanovas (2020).

2.3

Dictamen 218/2023, de nuevo desfavorable a la revisión de oficio

Poco antes de la emisión del Dictamen 174/2023 la entidad local ya había resuelto solicitar el dictamen de la Comissió sobre la revisión de oficio del mismo encargo verbal en relación con los meses de julio, agosto y septiembre de 2022, revisión de oficio que fue objeto del Dictamen 218/2023.

Del expediente se desprende que el Ayuntamiento insiste en el hecho de que se ha continuado prestando el servicio, y la Comissió destaca que la entidad local no se ha manifestado en relación con la previsión de la licitación de un nuevo contrato de servicios, ni respecto a la sucesión de contratos verbales.

En dicho dictamen el alto órgano consultivo del Gobierno se reafirma en que se trata del mismo encargo verbal objeto del Dictamen 378/2022, y, en consecuencia, reproduce el criterio expresado en el Dictamen 174/2023, es decir, que no se puede volver a pronunciar sobre lo que ya declaró nulo, y vuelve a informar desfavorablemente la revisión de oficio objeto del Dictamen. El Dictamen también reitera su advertencia sobre el carácter excepcional de la revisión de oficio y que se debe evitar hacer un uso impropio de este mecanismo excepcional en los términos expuestos en el apartado anterior, pero, además, añade una consideración particularmente dura, con el siguiente tenor literal: “En el supuesto que se analiza es particularmente insólito que la Administración haya iniciado tres expedientes de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho del mismo encargo verbal. Esta actuación, además de menospreciar la excepcionalidad de la revisión de oficio a la que se ha hecho referencia, pone de manifiesto una voluntad deliberada, en atención a la reiteración observada, de utilizar a la Comissió Jurídica Asesora como un medio para buscar cobertura jurídica de actos administrativos que, en realidad, demuestran la planificación deficiente de la contratación administrativa. Dicha práctica se aparta claramente del principio de buena administración y es absolutamente imprescindible que el Ayuntamiento adopte las medidas necesarias para que esto no se repita en el futuro” (fundamento jurídico VII).

3

Otros casos similares dictaminados por la Comissió

La Comissió también se ha pronunciado en sentido desfavorable a la revisión de oficio en otros expedientes relativos a un mismo encargo verbal respecto

de los cuales ya se había pronunciado anteriormente en sentido favorable a la revisión de oficio. En las tres ocasiones se trata de encargos verbales posteriores a la finalización de un contrato de servicios. En los dos primeros, por finalización del plazo de vigencia inicial y de las dos prórrogas previstas, y en el tercero, porque la empresa contratista, aunque manifestó su voluntad de no prorrogar el contrato, continuó prestando los servicios. Ninguno de los tres encargos verbales puede considerarse menor en atención al importe total de las facturas aportadas, ni de los respectivos expedientes se desprende ninguna circunstancia que justifique un procedimiento negociado con un único contratista.

Por tanto, si bien la causa de nulidad es la misma que en el caso objeto del apartado anterior, es decir, el haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para contratar previsto en la LCSP (causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e] de la LPAC), la valoración de la prestación efectuada por el contratista con posterioridad a haber finalizado el contrato válido comporta la necesidad, de conformidad con la LCSP, de licitar un contrato de servicios dando cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia, entre otros.

Los dos primeros casos se refieren a expedientes de revisión de oficio instruidos por un ayuntamiento para declarar la nulidad de pleno derecho de los contratos verbales con dos empresas diferentes, para la prestación de los servicios de mantenimiento de la jardinería y el arbolado de las calles, parques y zonas verdes⁷. Y el tercer supuesto es el relativo a la revisión de oficio instruida por el mismo ayuntamiento para declarar la nulidad de pleno derecho del contrato verbal para la realización de los envíos de correo y paquetería, el tratamiento informático y el ensobrado de las notificaciones de la corporación⁸.

A continuación, se expondrán, en primer lugar, los argumentos que aduce la Comissió en el caso de los dictámenes desfavorables a la revisión de oficio, y, en segundo lugar, se destacarán pronunciamientos poco frecuentes o novedosos que se incluyen en los dictámenes favorables.

Por lo que respecta a los dictámenes desfavorables (208/2023, 224/2023 y 225/2023), coinciden en afirmar que se trata del mismo contrato verbal sobre cuya base se continuaron prestando los servicios (insistiendo el Dictamen 208/2022 en que el Ayuntamiento no se pronuncia sobre la previsión

7. El primero de dichos contratos verbales ha dado lugar a los dictámenes favorables a la revisión de oficio 342/2022, 412/2022 y 111/2023, así como al Dictamen desfavorable 225/2023, mientras que, a consecuencia del segundo, se han emitido los dictámenes 202/2023, favorable a la revisión, y 208/2023, desfavorable a esta.

8. Dicha revisión de oficio es el origen de la emisión de los dictámenes 188/2022, de carácter favorable, y 224/2023, de carácter desfavorable.

de la nueva licitación del contrato), o bien que el primer encargo incluye todos los servicios que el contratista prestó hasta que se formalizó el nuevo contrato del que sí se tiene conocimiento en el expediente (caso de los dictámenes 224/2023 y 225/2023). Por ello, se reafirman en el criterio de que, una vez emitidos los correspondientes dictámenes favorables a la revisión de oficio y, en su caso, declarado nulo el encargo en cuestión por el Ayuntamiento, “no sería procedente informar favorablemente sobre la revisión de oficio porque no se puede revisar de oficio el mismo encargo varias veces”. Asimismo, incluyen las admoniciones a las que se ha hecho referencia anteriormente sobre la necesidad de respetar el carácter excepcional de la revisión de oficio.

Finalmente, conviene destacar que los citados dictámenes no se pronuncian sobre los efectos de la nulidad, como —recordemos— tampoco lo hacen los de carácter desfavorable referidos en el apartado anterior (174/2023 y 218/2023).

En cuanto a los pronunciamientos de los dictámenes favorables que es conveniente destacar en esta crónica consultiva, se hará referencia a los aspectos relativos a la indemnización al contratista en el seno de un procedimiento de revisión de oficio y al reconocimiento extrajudicial de crédito para satisfacer el pago al contratista por la prestación de los servicios encargados.

En relación con la indemnización al contratista, cabe destacar que el Dictamen 188/2022, entre los efectos de la declaración de nulidad, no se limita a citar, de forma genérica, que no es necesario incoar dos procedimientos diferentes (el de revisión de oficio y el de responsabilidad patrimonial) para indemnizar al contratista. Efectivamente, de manera no habitual, y ante la posición del Ayuntamiento que propone el abono íntegro y que manifiesta que se cumplen los requisitos previstos en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, relativos a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la Comissió considera, de acuerdo con su doctrina (por todos, el Dictamen 175/2022), que se debe abonar al contratista el coste efectivo de la prestación efectuada, así como también una cantidad en concepto de los daños y perjuicios sufridos por el beneficio industrial no percibido, al quedar acreditado en el expediente que concurren los requisitos establecidos legalmente para hacer nacer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento (fundamento jurídico VIII.2)⁹.

En relación, también, con la vía indemnizatoria como uno de los efectos de la declaración de nulidad, conviene poner de relieve que el Dictamen

9. En el mismo sentido se puede citar el reciente Dictamen 189/2023.

202/2023, además de reiterar la doctrina expuesta en el apartado anterior de este artículo, introduce, de acuerdo con lo establecido en el Dictamen 131/2020, y haciéndose eco de la doctrina de otros órganos consultivos, que “[...] habitualmente se admite la inclusión del beneficio industrial en el caso de inexistencia de culpa (dolo o negligencia) o bien de mala fe del contratista. En otras palabras, desde un punto de vista sustantivo, en aquella hipótesis en la cual, en atención a las circunstancias del caso concreto, no se pueda afirmar que tenía conocimiento de la irregularidad del contrato y, por tanto, no sea procedente su calificación como concausante de su nulidad” (fundamento jurídico VII.2). Aunque el Dictamen 202/2023 no extrae ninguna consecuencia de dicha doctrina, ya que en este caso la empresa contratista no había solicitado indemnización por daños y perjuicios, cabe destacar que, en otros dictámenes, la Comissió tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso (la acreditada experiencia de la empresa en el sector o la duración del contrato verbal, entre otras) para considerar si la empresa contratista actuó con buena fe y, en consecuencia, entender que procede indemnizarla¹⁰.

Por otro lado, el supuesto de hecho del Dictamen 188/2022 también ha permitido que la Comissió se pronuncie sobre las circunstancias en las que considera admisible acudir al reconocimiento extrajudicial de crédito para solucionar el principal problema práctico que plantea la contratación verbal, que consiste en el pago al contratista por la prestación de los servicios encargados. En este caso, en el que parte de la deuda al contratista fue saldada a través de dicho mecanismo, se ha pronunciado en los términos siguientes: “De acuerdo con la doctrina de esta Comissió (por todos, el Dictamen 175/2022), el reconocimiento extrajudicial de crédito se ha utilizado principalmente para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y posibilitar el pago íntegro de las prestaciones contractuales efectivamente realizadas. Pero para que la utilización de este procedimiento no tenga como consecuencia una vulneración sistemática de los principios de publicidad y libre concurrencia, no resulta aplicable de forma autónoma cuando se está ante una causa de nulidad de

10. El Dictamen 245/2023 sí que extrae conclusiones sobre dicha doctrina, puesto que considera: “[...] la contratista no podía desconocer la irregularidad del contrato verbal, al ser una empresa con acreditada experiencia en el sector, además de constatar que la duración de la situación irregular no fue puntual, sino que se prolongó durante dos años [...]. Es por esta razón que la Comissió no puede compartir el criterio de la Administración cuando, en este caso, sostiene que en relación con el encargo verbal la empresa sufrió unos daños que no tenía la obligación jurídica de soportar. El argumento expuesto por el Ayuntamiento relativo a que la empresa siguió prestando el servicio por las instrucciones del responsable del contrato en base al principio de buena fe no resulta suficiente para contrarrestar la presunción que la empresa no podía desconocer la flagrante irregularidad del encargo verbal, circunstancia que lo ha hecho concausante de la nulidad que ahora se declara” (fundamento jurídico VI.3).

pleno derecho. En este caso, como se ha afirmado, se debería haber tramitado previamente al reconocimiento extrajudicial de crédito un procedimiento de revisión de oficio” (fundamento jurídico VII)¹¹. En relación con dicha doctrina, conviene destacar, por un lado, que el argumento sobre la vulneración de los principios de publicidad y libre concurrencia no es predicable respecto de los contratos menores en cuyo procedimiento, en los términos que se han expuesto anteriormente, la LCSP permite expresamente la adjudicación directa. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la citada doctrina no es compartida por otros órganos consultivos, como, por ejemplo, el Consejo Consultivo de Galicia¹² y el Consejo Consultivo de las Islas Baleares, aunque se basan en fundamentaciones diferentes¹³.

4

Doctrina de otros órganos consultivos

Con el propósito de ilustrar que otros órganos consultivos autonómicos han tenido la ocasión de pronunciarse sobre supuestos similares a los expuestos

11. Aún con mayor precisión se pronuncia el reciente Dictamen 158/2023: “En este caso, es necesario tramitar previamente un procedimiento de revisión de oficio, declarar la nulidad del contrato y concretar el valor de la restitución correspondiente. Si se pretende hacer efectiva la compensación prevista en la norma sustantiva que deriva de la resolución de un expediente de revisión de oficio y que prevé la restitución de las prestaciones (en este caso, el artículo 42.1 LCSP), mediante el reconocimiento extrajudicial de crédito, hay que esperar que se haya adoptado la resolución correspondiente en el procedimiento de revisión de oficio” (fundamento jurídico VIII.3).

12. *Vid.* Oreiro Romar (2023).

13. En este sentido conviene reproducir el siguiente fragmento del Dictamen 48/2020 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, consideración jurídica tercera: “[...] cuando se trate de prestaciones hechas por los particulares a favor de la Administración sin que se haya formalizado un contrato por escrito a pesar de ser esta formalización exigible según la normativa contractual vigente, se ha optado por regular un procedimiento específico de declaración de la inexistencia jurídica del contrato previo al reconocimiento extrajudicial de crédito en el cual la participación del Consejo Consultivo de las Islas Baleares deja de ser preceptiva. El legislador justifica esta nueva regulación que introduce el Decreto Ley 8/2020, de 13 de mayo, en los términos siguientes: El artículo 39 aborda la regulación destinada a depurar la apariencia jurídica que resulta de la denominada contratación irregular, especialmente de los contratos verbales [...]. Pues bien, a pesar de que este tipo de actuaciones —contrataciones irregulares y verbales—, que dan lugar a contratos jurídicamente inexistentes, son relativamente habituales, no hay una normativa específica que regule ni la declaración de la inexistencia del contrato, por un lado, ni la liquidación de este a consecuencia de la inexistencia jurídica declarada, de la otra, con la consiguiente inseguridad jurídica en la actuación de los centros gestores y de los proveedores, que han prestado normalmente de buena fe los bienes o servicios solicitados. Esto es lo que se regula por medio de esta nueva norma, de forma que el acto declarativo de inexistencia del contrato se produzca en el marco de un procedimiento administrativo que se tiene que iniciar de oficio y que se tiene que tramitar de acuerdo con las previsiones generales del título IV de la Ley 39/2015, antes mencionada, sin necesidad de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, y de forma que, en ejecución de este acto declarativo, se pueda tramitar el reconocimiento extrajudicial del crédito inherente a la liquidación o regularización del contrato inexistente”.

en los apartados anteriores, es oportuno analizar algunos de sus dictámenes que, como se verá a continuación, coinciden con la doctrina antes expuesta.

En este sentido, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en el Dictamen 15/2020, ante una nueva solicitud de dictamen sobre la revisión de oficio de un contrato de servicio de ayuda a domicilio de un ayuntamiento ya previamente anulado, dictamina que no procede declarar la nulidad de los actos tácitos de prórroga del mencionado contrato. Dicho dictamen basa su decisión en los argumentos siguientes, que se reproducen literalmente:

“Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio —y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo—, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas [...], de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019. [...] Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019” (consideración quinta).

Por lo tanto, como también señala el mismo órgano consultivo en el Dictamen 291/2020, la revisión de oficio se predica de la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados (que ya se declaró por la resolución correspondiente del órgano competente del Ayuntamiento), y en relación con las facturas a las que se refiere el nuevo procedimiento de revisión de oficio, el Dictamen 15/2020 considera que ha de estarse a lo previsto en el artículo 42.1 de la LCSP. Por ello, concluye “la procedencia del abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, al tiempo que excluye tanto la indemnización por daños y perjuicios solicitada por el contratista (que no cuantifica ni acredita), como la detracción del beneficio industrial”.

Por último, el Dictamen 15/2020 recuerda las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pueden derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP).

Del mismo modo, el Dictamen 291/2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias considera que no procede declarar la nulidad de los actos tácitos de prórroga del contrato de servicios en cuestión, ya que estos actos tienen que anularse en el seno del anterior procedimiento revisor dirigido frente a la prestación irregular de los servicios en los términos establecidos en el Dictamen 212/2020. Por lo tanto, se debe proceder a la liquidación del contrato —por todo el periodo de prórroga ilegal— en ejecución de la declaración de nulidad dictada anteriormente.

En esta misma línea se ha pronunciado la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad Autónoma de Madrid en los dictámenes 0006/23 y 0005/23, en los que considera que, una vez emitido el Dictamen favorable a la revisión de oficio propuesta, se debe entender que ya se materializó dicha revisión, con los efectos que se plantearon, y, por tanto, ya se habrían producido la expulsión del ordenamiento jurídico de esa contratación verbal irregular y la subsiguiente liquidación del contrato, en los términos del artículo 42 de la LCSP. Es decir, en ningún caso procede volver a revisar lo que ya no existe: el contrato de servicios viciado de nulidad.

Así, la tramitación separada de las facturas mensuales no implica la existencia de nuevas contrataciones ilícitas que deban revisarse periódicamente, ni de “nulidades parciales”, sino que se trata de un único contrato de tracto sucesivo que se ha mantenido sin solución de continuidad, y cuya evidente ilegalidad ya se puso de manifiesto en el anterior dictamen.

Finalmente, en relación con los efectos de la nulidad, se considera que en caso de que la liquidación efectuada resulte incompleta, porque el servicio se hubiera seguido prestando sin la debida cobertura, existe la posibilidad de completarla. Además, se recuerdan las responsabilidades que pueden deducirse por la contratación *contra legem* y su mantenimiento en el tiempo.

Por ello, el citado órgano consultivo acuerda la devolución de los expedientes correspondientes a los dictámenes citados, al tratarse de un asunto que ya ha sido dictaminado.

5 Conclusiones

Recientemente, cierta entidad local ha tramitado sucesivos expedientes de revisión de oficio de un mismo contrato verbal y, en consecuencia, ha solicitado los correspondientes dictámenes a la Comissió Jurídica Assessora, a pesar de que esta ya se había pronunciado sobre la nulidad de pleno derecho del mencionado primer y único encargo.

Ante dicha práctica, la Comissió ha informado desfavorablemente las aludidas revisiones de oficio, considerando que no procede volver a pronunciarse sobre un contrato que ya había sido declarado nulo por el Ayuntamiento, de acuerdo con el Dictamen del alto órgano consultivo. La Comissió también aduce que no puede aceptarse que la corporación fraccione ni el objeto ni la cuantía del encargo verbal realizado a los efectos de declaraciones de nulidad parciales, ya que dicho encargo incluye todos los servicios que la contratista prestaría hasta que se formalizara el nuevo contrato.

Además, conviene destacar dos cuestiones: en primer lugar, que los dictámenes a que se hace referencia no se pronuncian sobre los efectos de la declaración de nulidad, respecto de los que ya se había pronunciado el correspondiente dictamen favorable a la revisión de oficio; en segundo lugar, dichos dictámenes incluyen advertencias al Ayuntamiento sobre su deber de observar el carácter excepcional de la revisión de oficio y evitar hacer un uso impropio de dicho mecanismo.

A la misma conclusión sobre que no procede una nueva revisión de oficio llegan, en supuestos similares, el Consejo Consultivo de Asturias y la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, en atención a que la tramitación separada de las facturas mensuales no implica la existencia de nuevas contrataciones ilícitas que deban revisarse periódicamente, ni de “nulidades parciales”, puesto que la revisión de oficio se predica de la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio. Los dictámenes de ambos órganos se pronuncian brevemente sobre los efectos de la nulidad, aduciendo que procede el abono del importe total resultante de la suma de los reflejados en cada factura, o que se debe proceder a la liquidación del contrato por todo el periodo de prórroga ilegal, o, finalmente, que en caso de que la liquidación efectuada resulte incompleta existe la posibilidad de completarla. Además, dichos dictámenes recuerdan las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, podrían derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas.

Por otro lado, el análisis de los dictámenes de la Comissió objeto de este artículo ha permitido poner de relieve pronunciamientos poco frecuentes o innovadores del alto órgano consultivo relativos a la indemnización de daños y perjuicios al contratista, como la consideración de la buena fe de este para hacer nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, o cuando se considera procedente acudir al mecanismo de reconocimiento extrajudicial de crédito para pagar al contratista por la prestación de los servicios encargados de forma irregular.

6 Bibliografía

- Bauzá Martorell, F. J. (2016). Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181.
- Castellet i Arnau, F. I. (2022). La revisión de oficio en la contratación: los encargos verbales. Referencia especial a los contratos menores. *Memoria 2022 de la Comissió Jurídica Assessora*.
- Mas i Casanovas, F. (2020). La contratación irregular: causas que la motivan, problemática que suscita y diferentes vías a seguir para abordar una solución jurídica. *Memoria 2020 de la Comissió Jurídica Assessora*.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? *Revista CEFLegal*, 232.
- Oreiro Romar, Á. (2023). Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio para el abono de prestaciones contratadas de forma irregular. *Cuadernos de Derecho Local*, 62.