ACUERDO DE LA PONENCIA ESPECIAL PARA EL ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS EN CASO DE ENCARGOS VERBALES Y ASIMILADOS

El día 25 de junio de 2025 se celebró la Ponencia Especial para el estudio y análisis de los distintos procedimientos en caso de encargos verbales y asimilados a la que asistieron los siguientes miembros,

Presidenta: Gallardo Castillo, María Jesús.

Consejeras y Consejeros: Mingorance Gosálvez, María del Carmen; Roca Fernández-Castanys, María Luisa; García Navarro, Luis Manuel; Martín Reyes, Diego; Dorado Picón, Antonio; Moreno Ruiz, María del Mar.

Secretaria: Linares Rojas, María Angustias.

Letrado Mayor: Requena López, Tomás.
Letrado: Castillo Gutiérrez, Manuel del.

En la citada Ponencia se acordó aprobar el siguiente informe elaborado por el Letrado Mayor,

I

MOTIVACIÓN

La experiencia acumulada por este Consejo desde su creación hace aconsejable el análisis de la revisión de oficio de los contratos del sector público, pues esa experiencia permite constatar el abuso del recurso al procedimiento de revisión de oficio con la exclusiva finalidad, en un considerable número de casos, de retribuir la prestación realizada por la contratista.

La utilización del "expediente de revisión de oficio" como instrumento para retribuir la prestación de contratistas o empresas es una dinámica que consiste básicamente en que ante cualquier irregularidad o presunta irregularidad, la Intervención formula un reparo esencial a los efectos de la referida retribución, cual es la necesidad de "revisar de oficio" la contratación para poder pagar las facturas relativas a la prestación de que se trate.

El problema es que en esa dinámica aparecen involucrados multitud de supuestos diferentes que sin embargo obtienen una única respuesta, la de la declaración de nulidad; esto es, se trata de un sólo instrumento de reacción frente a situaciones que resultan muy diferentes. Un ejemplo puede ilustrar lo que se quiere decir. Así, no existe ningún parecido entre los casos en que habiendo finalizado un contrato la misma empresa continúa realizando la prestación porque todavía no ha culminado la contratación para la que ya se han realizado actos tendentes a la misma, y aquellos casos en que la Administración suscribe contratos menores

continuos sin la existencia de una previa contratación regular y sin que tampoco se hayan realizado actos cuya finalidad sea la formalización de ésta.

En el primer caso, si es que pudiera defenderse que existe lesión de los principios de publicidad y concurrencia, es claro que la misma no justifica la declaración de nulidad por su nimiedad, mientras que en el segundo no cabe duda de que tal infracción reviste una intensidad que inmediatamente evoca el instituto de la revisión de oficio.

Todo ello aconseja distinguir entre una serie de supuestos diferentes, como revelan los expedientes que se remiten al Consejo.

II

LOS DIFERENTES SUPUESTOS Y SU RESOLUCIÓN

1. Planteamiento general.

Como se ha expuesto en el expositivo I, hasta ahora todos esos supuestos eran sometidos al procedimiento de revisión de oficio acríticamente y sin introducir distinción alguna en el tratamiento de tan diversos supuestos. La cuestión es si ese es el procedimiento adecuado para la multiplicidad de supuestos referidos, partiendo de la base de que el procedimiento de revisión de oficio no es disponible, esto es, si un acto está aparentemente viciado de nulidad de pleno derecho, la Administración no puede decidir la no utilización del procedimiento de revisión de oficio.

No debe olvidarse que conforme al artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas "declararán" de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Es significativo que en la redacción anterior a la Ley 4/1999, que modificaba la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ésta (en su art. 102.1) y el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 utilizaban la expresión "podrán declarar". Fue la Ley 4/1999 la que introdujo esta nueva redacción para expresar la obligación de la Administración a declarar la nulidad de sus actos nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los límites a las facultades de revisión previstos en el artículo 110 de la referida Ley 39/2015.

Eso significa que la existencia de un acto identificable del que predicar la nulidad de pleno derecho obliga a la Administración a iniciar un procedimiento de revisión de oficio y a este Consejo a pronunciarse al respecto.

Una vez tenido en cuenta lo anterior, es necesario precisar que en el caso de la causa de nulidad de la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, su interpretación no puede enervar, cuando no simplemente preterir, el principio básico del sistema de invalidez de los actos administrativos, cual es, por un lado, que la nulidad de pleno derecho es la excepción y que la anulabilidad es la regla general, y por otro, que las causas de nulidad han de interpretarse restrictivamente, sin que el régimen de la contratación pública pueda ser una excepción a tales reglas y principios como resulta de los artículos 39 y 40 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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).

Debe recordarse que la causa de nulidad consistente en que para dictar el acto se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, hace referencia a una omisión total y absoluta, y que lo omitido con ese alcance sea el procedimiento establecido en una disposición con valor de ley, no en un reglamento y menos aún en una resolución administrativa (que ni siquiera es una norma).

Ciertamente esa causa de nulidad también opera cuando se ha utilizado un procedimiento distinto del legalmente establecido, lo que resulta obvio pues en tal caso se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente previsto y procedente (SSTS de 15 de octubre de 1991 y 16 de marzo de 1992, entre otras) (dictámenes de este Consejo 111, 225/2016 y 693/2016, 470/2019, 413/2020, 829 y 920/2021, 2 y 159/2022, entre otros) como aquellos en los que se ha omitido un trámite esencial o trámites esenciales (SSTS de 15 de junio de 1994, 3 de abril de 2000 y 24 de mayo de 2012, y dictámenes 283/2004, 203/2005, 111/2016, 743/2016 y 177/2020 de este Consejo, entre otros).

Es este último supuesto el que puede plantear mayores problemas y su solución tiene que tener en cuenta, entre otros elementos, el eventual alcance lesivo del trámite o trámites omitidos para los principios de publicidad y concurrencia, capitales en la contratación pública.

De acuerdo con las consideraciones expuestas se trata de dilucidar si en los supuestos referidos existen actos nulos de pleno derecho para cuya revisión haya de instarse el procedimiento de revisión de oficio, sin perjuicio del artículo 110 de la Ley 39/2015.

2. Los supuestos y su solución:

a) Supuestos en que ni ha existido relación contractual alguna con la empresa que realiza la prestación, ni la Administración ha realizado acto alguno tendente a la licitación, ni existe acto expreso de la Administración encomendando la realización de la prestación, de modo que sólo de forma tácita es posible sostener que tal encargo se ha realizado aunque sólo sea porque aquella prestación se ha ejecutado con conocimiento de la Administración sin que ésta se haya opuesto a la misma. Se trataría de una contratación verbal de la que está ausente cualquier acto formalizado relacionado con la contratación.

Es necesario precisar que, en efecto, pueden existir actos preparatorios o incluso de adjudicación sin que un contrato haya llegado a formalizarse, pero tales actos han de reputarse contractuales (al igual que se habla de contrato verbal aunque en puridad el contrato no exista porque no se ha podido perfeccionar –art. 36.1 de la LCSP-), en tanto que tendentes a la culminación de la contratación y que, por lo demás, también son revisables de oficio, como es sabido y resulta ahora del artículo 41 de la LCSP, en el caso de adolecer de alguno de los vicios de nulidad radical previstos en la legislación de contratos (ahora en el actual art. 39 de la LCSP). La dicotomía entre contrato verbal y contrato formalizado contemplada en el artículo 37 de la LCSP encierra, en realidad una multiplicidad de situaciones.

La situación que aquí se considera es aquella en que no ha existido acto alguno expreso identificable que tenga que ver con la prestación realizada por una empresa a favor de la Administración.

En este caso no es fácil identificar un acto formalizado respecto del que pueda predicarse tal nulidad: debe tenerse en cuenta que es un acto expreso el susceptible de impugnación y por tanto revisión (al margen de la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional la mera inactividad administrativa o la vía de hecho). Si es que fuese posible identificar tal acto, obviamente procedería declarar su nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de lo que se dirá respecto a otros supuestos, pero en otro caso, no podría utilizarse el procedimiento de revisión de oficio al carecer, en rigor, de objeto (la prestación es lo único tangible pero como actuación privada no se puede revisar).

Lo que procedería, por tanto, es la utilización del instituto de la responsabilidad patrimonial (por definición extracontractual), pues si no es posible identificar acto alguno contractual que revisar tampoco sería posible identificar acto alguno contractual al que anudar una supuesta responsabilidad contractual.

b) Supuestos en que no ha existido relación contractual formalizada alguna con la empresa que realiza la prestación (otro caso de contratación verbal), pero en los que la Administración ha realizado actos tendentes a la regular contratación de la prestación que tal empresa ha realizado.

En ese caso podrían esos actos tendentes a la contratación estar viciados de nulidad y serían así susceptibles de revisión de oficio (art. 41 de la LCSP, citado), pero no es esa nulidad la que se postula ni la que aquí se trata, sino la nulidad de la "contratación verbal" de la prestación con el fin de retribuir la misma.

Existe, pues, una "contratación verbal", pero ligada a una prestación cuya contratación se está tramitando.

En este segundo supuesto tampoco existiría acto alguno identificado cuya nulidad pudiera declararse, si se tiene en cuenta que no serían los actos tendentes a la contratación los viciados ni los que, en consecuencia, se pretenden revisar. Esto es, por un lado existen actos de la Administración respecto de los que no puede predicarse nulidad alguna (son actos tendentes a la contratación), pero que sí permiten hablar de actos contractuales, y por otro no se ha podido identificar acto alguno sobre el que predicar la nulidad.

No parece razonable acudir al procedimiento de revisión de oficio, porque no existe, como en el caso anterior, un acto identificable explícito del que pueda predicarse la nulidad (no lo es la prestación –que es una actividad privada- ni la factura –también privada-).

La solución para la retribución de la prestación debe solventarse acudiendo al instituto de la responsabilidad, ahora sí, contractual, precisamente por la existencia de tales actos contractuales a los que puede ligarse la misma, utilizando el procedimiento previsto en el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre

c) Supuestos en que una relación contractual finaliza y la empresa contratista continúa realizando la prestación por falta de formalización de la nueva contratación debido a causas razonables (se han iniciado los trámites para una nueva contratación que no se ha podido culminar por circunstancias varias).

Es decir, existía un contrato cuya validez no se discute, pero el mismo ha finalizado sin que se haya podido culminar por razones atendibles la nueva contratación. También habría una "contratación verbal", pero conectada en este caso con un contrato previo y con una relación contractual en ciernes.

En estos supuestos, como en los englobados en la letra anterior, la prestación carece de cobertura contractual sin que sea posible identificar un acto administrativo cuya nulidad pueda declararse, sino tan sólo la prestación de la empresa que,

obviamente, no puede declararse nula. El pago debe articularse a través de la responsabilidad contractual con apoyo en la relación contractual previa que amparaba la prestación de la empresa, y con la utilización del procedimiento del citado artículo 97.

Ahora bien, si la empresa que continúa la prestación no es la que ha venido realizándola ni la que formará parte de la nueva relación contractual, el instituto adecuado es el de la responsabilidad patrimonial.

d) Supuestos en que se fracciona indebidamente el objeto del contrato con la intención (que es necesario objetivar, como luego se verá) de eludir el juego de los principios de publicidad y concurrencia.

Este caso engloba el supuesto en que un contrato ha finalizado y la Administración no tiene intención de proceder a una nueva licitación, limitándose a realizar sucesivos contratos menores, como aquel supuesto en que ni existía relación contractual alguna ni se pretende que la haya, sino que simplemente la Administración fracciona el objeto del contrato con el fin de utilizar como procedimiento habitual de la contratación de la prestación, el de la contratación menor.

En estos supuestos no estamos ante una contratación verbal, pero sí ante la utilización indebida de una figura contractual; esto es, procedía seguir un determinado procedimiento de contratación y, sin embargo, se utiliza otro que margina sustancialmente los principios de publicidad y concurrencia.

Se trata de casos claros de nulidad radical, por lo que la Administración debe proceder a la declaración de tal nulidad mediante la utilización del procedimiento de revisión de oficio, y la retribución de la prestación no sería sino una consecuencia de la declaración de nulidad (art. 42 de la LCSP).

e) Supuestos en que se fracciona indebidamente el objeto del contrato, celebrando diversos contratos menores, pero sin la intención de eludir los principios de publicidad y concurrencia, pero con ese efecto, con la finalidad de dar cobertura contractual a la prestación, bien porque el contrato en que se fundaba ha finalizado y no se ha podido culminar la nueva contratación, bien porque nunca se haya contratado pero se pretenda su licitación sin que esta haya culminado.

Este supuesto es similar al contemplado en la letra c) anterior, sólo que no existe "contratación verbal" y sí diversos contratos menores relativos a un mismo objeto contractual, pero es diferente de aquel en que sólo se haya celebrado un único contrato menor porque con él fuese suficiente para realizar la prestación hasta la perfección de la nueva contratación.

No parece razonable la utilización del procedimiento de revisión de oficio, toda vez que existen contratos formalizados y no se han realizado "con la finalidad de disminuir la cuantía" y eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, como prohíbe el artículo 99.2 de la LCSP.

En este caso es la responsabilidad contractual, pues existen contratos, el cauce para la satisfacción del importe de las facturas.

No obstante, si sólo se ha celebrado un contrato menor y ninguna tacha puede predicarse de este, lo que procedería es el pago de la retribución de la prestación como obligación de la Administración resultante de un contrato válido.

f) Supuestos en que en el marco de una prestación contractual se incrementa más allá de los límites contractuales (modificación cuantitativa) o se modifica (modificación cualitativa) sin seguir procedimiento formalizado alguno.

En estos casos estamos ante un contrato cuya validez no se pone en duda, pero cuyos términos experimentan un cambio durante la relación contractual.

No parece razonable considerar que estemos ante un caso de contratación verbal, por más que los contornos de la prestación hayan sufrido algún cambio, aunque sólo sea porque la LCSP contempla la contratación verbal y no la modificación contractual verbal. En cualquier caso el supuesto no se puede identificar con los de contratación verbal.

Estamos ante supuestos cuya solución aconseja la utilización de la responsabilidad contractual como mecanismo para retribuir la prestación, conforme a lo expuesto hasta ahora.

g) Supuestos en que se ha incurrido en cualquier irregularidad, como puede ser en el caso de la contratación menor la omisión del informe contemplado en el artículo 118.2 de la LCSP o la falta de competencia del órgano de contratación.

Esto exige analizar en cada caso el vicio en que se ha incurrido, que normalmente puede llevar a la anulabilidad, sin perjuicio de irregularidades irrelevantes, o a la nulidad de pleno derecho.

En el caso, por ejemplo, de la omisión del informe del artículo 118.2 de la LCSP, su omisión sólo se puede reputar esencial cuando la contratación tenga que ver directamente y no de modo auxiliar o fiduciario, con la función del órgano de que se trate, pero no en otro caso.

III

MODO DE PROCEDER DEL CONSEJO ANTE LAS SOLICITUDES DE DICTAMEN SOBRE PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO EN MATERIA CONTRACTUAL

Una vez realizadas las consideraciones precedentes, la última cuestión es cómo ha de proceder el Consejo ante las solicitudes de revisión de oficio concernientes a los supuestos aludidos.

Es claro que las solicitudes de revisión de oficio no pueden inadmitirse por el Consejo, pues este tiene competencia al respecto. Obviamente, el Consejo no puede sentirse vinculado por el procedimiento elegido por la Administración, pues eso es tanto como admitir la fungibilidad de los procedimientos administrativos o su indiferencia, además de que se obvia lo razonado en el apartado II.1.

También resulta obvio que el Consejo no puede recalificar (en la práctica habitual administrativa) la solicitud cuando lo procedente sería la utilización de otros procedimiento (de responsabilidad patrimonial o contractual) pues no es posible deducir de un acuerdo de inicio de un procedimiento de revisión de oficio la "naturaleza o carácter" de un procedimiento de responsabilidad patrimonial o contractual y, obviamente, de manera muy probable no se habrán cumplimentado los trámites obligados. Por tanto, en esos casos el Consejo debería dictaminar desfavorablemente la propuesta de resolución indicando a la Administración la vía procedente.

Otra cosa es que se haya tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial y lo procedente fuese un procedimiento de responsabilidad contractual o viceversa. En esos casos, siempre que se hayan cumplido los trámites correspondientes, la recalificación es procedente.

Vº Bº
LA PRESIDENTA

Fdo.: María Jesús Gallardo Castillo

LA SECRETARIA GENERAL

Fdo.: María A. Linares Rojas

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

COMUNICACIÓN
Asunto: Ponencia especial revisión de oficio

Me complace remitirle el acuerdo de este Consejo Consultivo alcanzado en Ponencia Especial del pasado 25 de junio para el estudio y análisis de los distintos procedimientos en caso de encargos verbales y asimilados.

Como sabe, la vía tradicional que está siendo utilizada para llevar a cabo el pago de los servicios prestados en los casos de encargos verbales y otras situaciones similares ha sido la revisión de oficio, con abandono de otras alternativas que pudieran resultar más acordes a la naturaleza jurídica de cada figura y más adecuadas a cada situación contractual planteada.

Así lo ha venido poniendo de manifiesto tanto el Consejo de Estado (dictámenes 1724/2011, 842/2017, 906/2019, 1056/2019, 1112/2019, 606/2020, 86/2021, entre otros), el Tribunal Supremo (sentencias de 3 de diciembre de 2008 y 21 de diciembre de 2021, dictada en interés casacional), la Audiencia Nacional (sentencia de 20 de noviembre de 2019) y otros Consejos Consultivos (de Baleares en sus dictámenes 93/2012, 57/2014 y 149/2014; Canarias, dictamen 80/2020 y Comisión Jurídica Asesora de Cataluña 77/2016).

Esta situación ha motivado que el Consejo Consultivo haya celebrado la Ponencia Especial a que antes me he referido, con la participación de consejeros, consejeras y letrados, en la que se ha reflexionado y debatido sobre este particular, a resultas de lo cual se ha alcanzado un acuerdo sobre el procedimiento adecuado para cada uno de los supuestos sobre los que este Consejo tiene competencia para emitir dictamen.

Dicho acuerdo se adjunta a la presente con la finalidad de ponerlo en su conocimiento, con el propósito de que pueda serle de utilidad en las futuras consultas que esa Administración dirija a este Consejo Consultivo.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo:

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA
Fdo. María Jesús Gallardo Castillo

Plaza de Bibataubín, s/n. 18009 Granada - Telf. 958 02 93 00 - Fax 958 02 93 20 -
consejo.consultivo@juntadeandalucia.es

Es copia auténtica de documento electrónico

Puede verificar la integridad de este documento mediante la lectura del código QR adjunto o mediante el acceso a la dirección https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma indicando el código de VERIFICACIÓN			
FIRMADO POR	Mª JESUS GALLARDO CASTILLO	04/07/2025	
VERIFICACIÓN	Pk2jm6UU2PWJ8KSYRTHFJU6YVE3R73	PÁG. 1/1	