



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 98/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de abril de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, mediante oficio registrado el 19 de febrero de 2024 (REG. número 202400056327), sobre nulidad del contrato con la mercantil Salazar Materiales, S.L. para Recuperación de antigua bodega en Casa-Museo de los Caballos del Vino (exp. 2024_055), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de enero de 2024, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento consultante acuerda iniciar un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de un contrato celebrado sin contar con la correspondiente existencia de crédito y sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido en 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).

En este acuerdo se precisa que las prestaciones realizadas por la empresa se detallan en la factura F/2023/1784.

Además, se resuelve conceder audiencia a la mercantil *Salazar Materiales, S.L.* para que presente las alegaciones que a su derecho convenga.

De igual modo, se advierte que la Interventora Municipal había realizado, el 13 de noviembre de 2023, un informe de omisión de la función interventora respecto de dicha factura, fechada el 25 de mayo de 2023, por importe de 12.903,92 €, como consecuencia de la realización de obras de urgencia en el Museo de los Caballos del Vino de Caravaca de la Cruz.

En este informe se expone que el 8 de noviembre de 2022, mediante el decreto de Alcaldía 3346/2022, se le había adjudicado previamente a la mercantil citada un contrato menor, por importe de 41.668,89 €, para la *Recuperación de antigua bodega en Casa-Museo de los Caballos del Vino y puesta en valor del tradicional festejo*.

También se explica que, debido a la existencia del citado contrato menor que tenía el mismo objeto que el de la factura citada, por parte de la Intervención Municipal se solicitó informe al Servicio de Obras y Urbanismo, que lo emitió el 16 de junio siguiente. En él se exponía:

a) Que las actuaciones consistieron en la reparación de la fachada trasera del museo, debido al mal estado en que se encontraba y al riesgo que existía de caída a la vía pública.

b) Que las obras no se corresponden con aquellas a las que se refiere el contrato menor mencionado, que afectan únicamente a la bodega situada en el sótano de la Casa-Museo.

c) Que los trabajos citados se ejecutaron de manera adecuada bajo supervisión técnica.

d) Que los trabajos que se detallan en la factura se han sometido a comparación con el programa de mediciones *Arquímedes* y con la base de precios de la Región de Murcia, y que se ajustan a los de mercado.

Además, se argumenta que se trata de un contrato de obras cuyo objeto se ha fraccionado en diversos contratos con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, lo que supone la vulneración de las previsiones establecidas en los artículos 99.2 y 132.2 LCSP.

Se entiende, en consecuencia, que el gasto se ejecuta sin respetar los procedimientos legalmente previstos en la LCSP. Y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.1 LCSP en concordancia con el 47.1,e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho.

En segundo lugar, se advierte que no existía crédito adecuado y suficiente cuando se recibió la factura, por lo que el contrato se ejecutó sin contar con la correspondiente consignación presupuestaria. Y se recuerda que el artículo 39.2,b) LCSP establece que son nulos de pleno derecho los contratos en los que concurra carencia o insuficiencia de crédito.

Se considera, por tanto, que la nulidad del contrato es clara y que ello debería dar lugar a la revisión de oficio contemplada en el artículo 106.1 LPAC.

SEGUNDO.- En la copia del expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo Jurídico se contiene la citada factura, por importe de 12.903,92 €; el decreto núm. 3346, de 8 de noviembre de 2022, por el que se adjudica el contrato menor ya referido; la solicitud de informe al Servicio de Obras y Servicios Públicos formulada por la Intervención del Ayuntamiento el 5 de junio de 2023, el Informe técnico realizado el 12 de junio de 2023 por el Arquitecto y el Arquitecto Técnico Directores Facultativos de las obras y el Informe de omisión de la función interventora ya mencionado, fechado el 13 de noviembre de 2023.

TERCERO.- La Junta de Gobierno Local adopta, el 29 de enero de 2024, la propuesta de declarar nulo de pleno derecho el contrato mencionado, porque se ejecutó sin contar con la correspondiente existencia de crédito y porque se prescindió absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la LCSP, de modo que concurre el supuesto previsto en el artículo 47.1,e) LPAC.

También se argumenta que, una vez que ello se declare, el contrato entrará en fase de liquidación –lo que a su vez implica que no podrá continuar su ejecución–, y que las partes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido y, si esto no fuese posible, deberán devolver su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Dado que la restitución recíproca de las prestaciones no es posible, la Administración municipal deberá acudir a la vía del reembolso del valor de las prestaciones recibidas, para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto.

A tal efecto, se recuerda que en la Instrucción núm. 2/2012, de 12 de marzo, de la interventora general y de la directora de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular, aboga por reponer, únicamente, el valor recibido, al disponer que el coste económico ha de incluir en cualquier caso el enriquecimiento de la Administración, es decir, el valor de la cosa que la Administración haya recibido, y no es procedente un incremento en concepto de beneficio industrial.

De igual modo, se explica que una solución similar se expone en el Informe núm. 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).

Por otra parte, se expone que el 9 de enero de 2024 se notificó a la mercantil *Salazar Materiales, S.L.* el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio, pero que no ha formulado alegaciones durante el plazo que se le concedió al efecto.

Finalmente, se acuerda suspender el plazo para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de informe a este Consejo Jurídico y su recepción, de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 22 LPAC.

Una vez incorporado el preceptivo índice de documentos -aunque no el necesario extracto de secretaría-, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 19 de febrero de 2024.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 106.1 LPAC y 12, apartados 6 y 7, y 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), dado que versa sobre una propuesta de revisión de oficio del acto de adjudicación verbal de un contrato menor de obras por nulidad de pleno derecho. Y ello, a pesar de que no consta que se haya formulado oposición por parte de la contratista [artículos 191.3,a) LCSP, 109.1,d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC) y el citado artículo 12.7 LCJ].

En este sentido, hay que resaltar que la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está prevista en los artículos 4.1,g) y 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL). De acuerdo con este último precepto, "*las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*". Y también la contempla el artículo 218.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

SEGUNDA.- Causas de nulidad de pleno derecho: plazo para promover la revisión de oficio y para resolverla y procedimiento seguido.

I. Como determina el artículo 41.1 LCSP, la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la LPAC.

En este caso, se plantea la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación verbal de un contrato menor de obras. Dicha resolución, favorable para la contratista, ponía fin a la vía administrativa [art. 114.1.c) LPAC] y no fue objeto de recurso, por lo que puede ser objeto de revisión de oficio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 106.1 LPAC, que establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen del órgano consultivo competente, pueden declarar 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 de la propia Ley.

En el apartado e) de dicho precepto se determina que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Son igualmente nulos de pleno derecho los contratos administrativos celebrados con carencia o insuficiencia de crédito, salvo los supuestos de emergencia, de acuerdo con lo que se previene en el artículo 39.2,b) LCSP. En este sentido, conviene recordar que el artículo 173.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), establece que "*No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar*".

Esa misma previsión se reproduce en el artículo 25.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

II. Por lo que se refiere al requisito temporal para el ejercicio de la acción, se debe recordar que no existe límite para la incoación del procedimiento. El artículo 106.1 LPAC determina que la nulidad puede declararse en cualquier momento.

La acción de nulidad es imprescriptible ya que su ejercicio no está sujeto a plazo alguno, si bien conviene tener presente que, en orden a la revisión, siempre operan con carácter general los límites previstos en el artículo 110 LPAC, de modo que no podrá ejercerse esa facultad cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes

No obstante, se puede considerar que, en el presente supuesto y tomado en consideración el tiempo transcurrido, la Administración regional puede ejercitar su facultad de revisión.

En relación con el plazo de duración del propio procedimiento de revisión, el artículo 106.5 LPAC dispone que *“Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo”*.

En este supuesto, el acuerdo de incoación del procedimiento se adoptó el 3 de enero de 2024 por lo que es evidente que el plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de revisión de oficio vencerá el próximo 3 de junio de 2024.

III. Sin embargo, se sabe que, cuando el 29 de enero de 2024 se adoptó la decisión de solicitar a este Consejo Jurídico que emitiese Dictamen preceptivo, también se acordó suspender el plazo de resolución del procedimiento.

Respecto del cómputo de los plazos de suspensión, no se suscita ninguna duda acerca del *dies ad quem*, pues debe entenderse como tal, de acuerdo con la literalidad del artículo 22.1, d) LPAC, el de la recepción del Dictamen, sin perjuicio de que, como se ha señalado, se deba comunicar inexorablemente ese hecho a los interesados en el procedimiento.

Mayor discusión suscita, sin embargo, la fijación del día en el que se entiende suspendido el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución (*dies a quo*), que el precepto citado vincula con la petición del informe -en este caso, Dictamen- correspondiente.

Este Consejo Jurídico, junto con el Consejo de Estado y otros órganos consultivos autonómicos, ha entendido de manera constante y reiterada que es la concreta petición de Dictamen, y no el acuerdo de suspensión, la que determina el inicio del cómputo de suspensión del procedimiento. Y, de forma específica, identifica la petición de Dictamen con la fecha del registro de salida de la solicitud correspondiente.

De conformidad con lo expuesto, el *dies a quo* debe quedar fijado en este caso el 19 de febrero de 2024.

A lo anterior hay que añadir que, en todo caso, la suspensión del procedimiento sólo puede operar si se ha comunicado al interesado, como exige el citado precepto de la LPAC, comunicación que no consta acreditada en el expediente de solicitud de Dictamen. De igual modo, se requiere que la recepción del informe -o Dictamen- se le comunique también. Esta exigencia se ha reconocido particularmente por este Órgano consultivo en sus Dictámenes núms. 181 de 2009; 40 y 151 de 2010; 29, 45, 49, 146 y 273 de 2012; 128 y 162 de 2013, y 16, 155 y 285 de 2014, entre otros.

Y cabe añadir que este efecto suspensivo sólo puede reconocerse cuando conste acreditado en el expediente administrativo que se remita a este Consejo Jurídico que se ha llevado a cabo la comunicación citada al interesado. No resulta necesario reiterar que la notificación del acuerdo de suspensión constituye un requisito formal exigido por el citado artículo 22.1,d) LPAC para que pueda operar.

IV. En relación con el procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que se han cumplimentado los trámites esenciales que se contemplan en el Título IV de la LPAC, denominado *“De las disposiciones sobre el*

procedimiento administrativo común”, dado que el artículo 106 LPAC no regula un procedimiento específico que se deba seguir en la revisión de oficio.

De esta forma, se advierte que se ha adoptado el correspondiente acuerdo de iniciación, que se ha concedido audiencia a la empresa contratista interesada, que se dispone del informe de omisión de la función interventora realizado por la Intervención del Ayuntamiento consultante y del informe realizado por los técnicos del Servicio de Obras y Urbanismo y que se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución. No se ha considerado necesario abrir un período de proposición y práctica de prueba, ni la propia interesada lo ha propuesto.

Sobre la concesión de audiencia a la interesada, conviene recordar que no se previene expresamente en el artículo 106.1 LPAC. No obstante, hay que recordar que este trámite se contempla de manera general en el artículo 82 LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Se expone en la propuesta de resolución que se ha conferido el citado trámite de audiencia a la empresa ejecutora de las obras de urgencia pero que no ha hecho uso de su derecho a formular alegaciones en el plazo conferido al efecto. No obstante, conviene enfatizar, no se ha incluido en el expediente remitido para consulta ningún documento acreditativo de ello, como hubiese sido procedente.

TERCERA.- Acerca del cumplimiento de los requisitos necesarios para acordar la revisión de oficio de la adjudicación del contrato de obras mencionado, dado que es nula de pleno derecho al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1.e) LPAC, por remisión del art. 39.1 LCSP] y con ausencia o carencia inicial de crédito [art. 39.2.b) LCSP en relación con el art. 173.5 TRLHL].

En el ámbito de la contratación administrativa, la legislación es especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, en garantía no sólo del interés público, sino también del respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (art. 1.1 LCSP)

Como establece el artículo 37 LCSP, apartados 1 y 2, las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia. Además, los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118, en el que se contempla la exigencia de tramitar un expediente de contratación, aunque sea muy sencillo.

En ese último precepto se exige la emisión de un informe del órgano de contratación en el que se justifique de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales previstos en el apartado 1 del mismo artículo (valor estimado inferior a 40.000 € para los contratos de obras o a 15.000 € cuando se trate de contratos de suministro o de servicios). De igual modo, se requiere la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, así como el presupuesto de las obras y, en su caso, el proyecto de éstas, además de un informe de las oficinas o unidades de supervisión a las que se refiere el artículo 235 LCSP cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

En estos casos de contratos menores, puede hacer las veces de documento contractual la factura pertinente, como se establece en el artículo 72 RGC, siempre que además de los datos y requisitos que se señalan en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, se señale el órgano que celebra el contrato, se describa su objeto, se determine el precio, se consigne el lugar y fecha de emisión y conste la firma del funcionario que acredite su recepción.

Por lo tanto, todas esas exigencias -salvo la incorporación de la factura al expediente- son anteriores a la realización de la prestación y su omisión supone una infracción del procedimiento y un acto ilícito desde el punto de vista jurídico.

En consecuencia, el único contrato verbal que se admite es el de emergencia (art. 120 LCSP), para supuestos que en absoluto concurren en el presente supuesto. Los restantes contratos han de sujetarse a la forma escrita

mediante la formación de un expediente, lo que es aplicable también, como se ha expuesto, a los contratos menores.

No hay duda de que la contratación verbal que se efectuó, en este caso, sin conformar el expediente de contrato menor al que se refiere el artículo 118 LCSP ya mencionado, supone que el acto administrativo de adjudicación del contrato menor se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que está incurso en la causa de nulidad de pleno derecho de derecho administrativo prevista en el artículo 47.1.e) LPAC, de conformidad con la remisión que se lleva a cabo en el artículo 39.1 LPAC.

De igual modo, tampoco cabe cuestionar que no existía crédito adecuado y suficiente cuando se recibió la factura, por lo que el contrato se ejecutó sin contar con la correspondiente consignación presupuestaria inicial. Acerca de la concurrencia de este requisito, es sabido que la existencia y adecuación del crédito constituye un presupuesto de validez y eficacia de cada actuación administrativa que da lugar a la realización de un gasto. En concordancia con ello, y con carácter general, el artículo 116.3 LCSP, segundo párrafo, impone que en el expediente de contratación se deba incorporar el certificado de existencia de crédito.

Así pues, resulta evidente que también concurre la causa particular de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 39.2.b) LCSP, en relación con lo dispuesto en el artículo 173.5 TRLHL, que impone esta consecuencia a los contratos en los que concurra carencia o insuficiencia de crédito.

CUARTA.- Consecuencias de la declaración de nulidad. Planteamiento general: Prohibición del enriquecimiento injusto, pero exclusión, en la restitución, del beneficio industrial cuando la mercantil contratista fuese concededora, por culpa o mala fe, de la irregularidad que se estaba cometiendo al llevarse a efecto una contratación verbal.

I. Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato, el artículo 42.1 LCSP dispone que, *“cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que 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”*.

Así pues, en los casos como el presente, en los que una empresa ha realizado las obras o suministros o prestado los servicios que se le encargaron de manera verbal y, por ser nulo el contrato, no ha recibido el pago convenido, es evidente que debe asegurarse el mantenimiento del equilibrio económico entre las partes.

En este sentido, ya señalo el Consejo de Estado su Dictamen núm. 1058/1995, de 29 de junio, que se mantiene vigente la doctrina por la cual el contrato concertado verbalmente por cualquiera de los entes organismos y entidades del sector público, con omisión de las exigencias legales relativas a su formalización, no dispensa a la Administración de la obligación de indemnizar al contratista por enriquecimiento injusto, y lo define como *“aquél que no tiene causa, esto es, el jurídicamente injustificado”*.

Además, enfatiza que hubo en ese supuesto un acuerdo de voluntades, que no tenía carácter contractual, *“pues faltaba, entre otros trámites, su formalización. Sin embargo, la Administración no puede defraudar aquella confianza, creada por ella misma y derivada, además, de la naturaleza del contrato anterior que unía a las partes -contrato verbal-, pues supondría un enriquecimiento injustificado jurídicamente y, en consecuencia, vedado por el Ordenamiento jurídico”*.

De forma muy similar, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señaló en el expediente núm. 40/18, de 10 de diciembre, que es *“Evidente que el expediente no habría sido correctamente tramitado, por lo que al incumplir la limitación subjetiva regulada en el artículo 118.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, no podría haberse efectuado la adjudicación directa de dicho contrato menor. No obstante, respecto de las obligaciones contractuales nacidas por causa de la realización de la prestación hay que recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, para evitar una situación de enriquecimiento injusto por parte de la Administración, se han de pagar las prestaciones efectivamente realizadas en beneficio y con conocimiento de la Administración, previos los trámites oportunos y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar por los defectos de tramitación del expediente de contratación”*.

II. De manera muy temprana, el Consejo Consultivo de Andalucía, en sus Dictámenes núms. 8/1995, 23/1996 y 48/1997, señaló que la restitución sólo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus

costes efectivos, pero no los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado (como es el beneficio industrial que se entiende improcedente) dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla que ya entonces se establecía en el artículo 47 del (derogado) Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que determinaba la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo éstos) soportados por quien la efectuó.

Debe tenerse en cuenta que en la propia LCSP se admite el derecho del contratista a percibir dicho beneficio industrial (arts. 101 y 103) que, en caso de resolución una vez iniciadas las obras o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, se fija legalmente en el 6 por 100 del precio de adjudicación de las obras, del suministro o del servicio (arts. 246.4, 307.3 y 313.3 LCSP), respectivamente.

Una consideración muy similar se recogió en la Instrucción núm. 2/2012, de 12 de marzo, de la interventora general y de la directora de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular, que es uno de los argumentos que se utiliza en la propuesta de resolución que aquí se analiza. Resulta necesario destacar, no obstante, que esta decisión fue dejada sin efecto provisionalmente por la Instrucción núm. 3/2016, de 20 de julio, del interventor general de la Comunidad Autónoma y del director de la Abogacía de la Comunidad por la que se suspende provisionalmente la aplicación del apartado 5 b) in fine de la Instrucción 2/2012, esto es, aquél en el que se rechazaba en esos casos el reconocimiento del beneficio industrial del contratista.

En el Informe núm. 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, al que también se alude en la propuesta de resolución que se analiza, se explica que la compensación que es procedente para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración no deriva del propio contrato nulo ni, por tanto, se ha de atender en todo caso a aquello que esté pactado, sino que procede del deber de evitar el enriquecimiento -y el consiguiente empobrecimiento- motivado por las prestaciones realizadas, por lo que debería limitarse a tal efecto. Y se destaca que, en virtud de la doctrina de algunos Órganos consultivos, se ha considerado que esta compensación se debe limitar al valor de la prestación, sin incluir el beneficio industrial.

De hecho, se recuerda en ese informe que en el Dictamen núm. 131/2020, de 5 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, se afirma que *“la restitución obligada por el artículo 42.1 de la LCSP, en el supuesto de liquidación de un contrato nulo, sólo tiene que comprender el valor efectivo de la prestación realizada y no el resto de los conceptos que incluye el valor estimado de un contrato que se presupone válido”*. De igual forma, se destaca que *“la obligación de la Administración de afrontar el pago al contratista, en la hipótesis de contrato verbal, no deriva de este contrato, que es nulo de pleno derecho, sino directamente de la ley, en concreto, de la previsión legal que impone la restitución recíproca de las prestaciones como primer efecto de la liquidación del contrato nulo”*. Por tanto, dado que no se hace el pago en cumplimiento de un contrato, *“su importe no se corresponde necesariamente con el precio del contrato, si no con el coste de aquello que efectivamente haya realizado el contratista”*.

Y se añade, asimismo, que *“esta afirmación es coherente con la dinámica propia de la nulidad de pleno derecho: con el establecimiento de la obligación de restitución recíproca de las prestaciones, el legislador pretende la restauración de la situación existente antes de la actuación administrativa nula. Pretensión que se hace realidad en la medida de lo posible: si no es posible la restitución in natura, se sustituye por la devolución de su valor económico. En definitiva, la finalidad buscada 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. Es por este motivo que debe conseguirse que el contratista quede 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 regular”*.

III. La solución que se acaba de exponer se fundamenta en la premisa de que la empresa contratista, debido a su propia actuación o comportamiento, merece ese especial reproche cuando haya sido concedora de la irregularidad que se estaba cometiendo bajo el supuesto amparo de una contratación verbal, de la falta de utilización del procedimiento adecuado correspondiente y de la vulneración que, de ese modo, se producía de la normativa aplicable en materia de contratación pública.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7ª) del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de marzo de 2015, con cita de una anterior de 21 de marzo de 1991, precisó que *“el enriquecimiento sin causa*

viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra". Y con mención de una Sentencia de 18 de julio de 2003, del mismo Alto Tribunal, señaló en esa misma resolución de marzo de 2015 que *"el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración".*

Por su parte, el Consejo de Estado señaló en su Dictamen núm.. 679/2019, de 24 de octubre, que *"Las consideraciones que acaban de realizarse se fundamentan no solo en el propio tenor literal del apartado 1 del artículo 42 de la LCSP, sino en una interpretación finalista del mismo que no se compadece con la posibilidad de que un contratista experimentado como es el caso (...) que puede haber tenido conciencia de la antijuridicidad de la contratación realizada obtenga, en caso de nulidad del contrato, la misma contraprestación que percibiría si el contrato fuera válido, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que tal posibilidad tendría en la proliferación de este tipo de práctica".*

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado acogió estas apreciaciones en su expediente núm. 76/2021, sobre *Revisión de precios aplicable a prestaciones ejecutadas sin contrato*, y ello le permitió señalar que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto no resulta en modo alguno automática, sino que está sometida a una serie de requisitos que, de forma resumida, serían los siguientes:

- Que el particular haya llevado a cabo prestaciones de modo efectivo.
- Que tales prestaciones no se deban de modo exclusivo a su propia iniciativa.
- Que no se ejecuten de modo que revelen una voluntad maliciosa por el anterior contratista.
- Que tengan su origen en hechos emanados de la propia Administración, que hayan causado la razonable creencia de que el tercero debía colaborar mediante la ejecución de las prestaciones.

Tiempo antes, el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen núm. 270/2002, de 23 de octubre, había justificado que *"En este caso, la exclusión del pago del beneficio industrial deriva del hecho de que también los contratistas deben reputarse cocausantes de la nulidad, pues resulta altamente improbable que contratistas de la Administración desconozcan, por mínima que sea su diligencia, que no existe contratación verbal cuando de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata. Debe tenerse muy presente que con la contratación administrativa no se persigue la satisfacción de los intereses puramente particulares de quien contrata con la Administración, sino, fundamentalmente, los intereses generales, para cuya defensa se articulan una serie de instrumentos, tanto de índole formal como sustantiva, recogidos en la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación, de forma tal que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica y sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre el mismo las consecuencias negativas de tales vicios. Así las cosas, un elemental juicio de razonabilidad indica que las culpas de la Administración y de los contratistas han concurrido decisivamente, y con grave violación de deberes de diligencia por parte de ambos, a la producción de la nulidad. En estas condiciones, como afirma la jurisprudencia, es ociosa una mayor o menor gradación de las respectivas culpas desde el momento en que concurren de modo absolutamente determinante a la producción del resultado; y, siendo ello así, las culpas se compensan".* Consideraciones similares se contienen, asimismo, en los Dictámenes de este Órgano consultivo núms. 13/2006 y 471/2014, entre otros.

Por su parte, el entonces Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid acogió esta tesis y señaló (Dictámenes núms. 513/2017 y 545/2019) que el abono de la restitución por el suministro y la obra a los que, respectivamente, se refería debía hacerse con exclusión del beneficio industrial debido al *"conocimiento que habían de tener los contratistas sobre la ilegalidad de la contratación"* y al *"conocimiento que ha tenido la empresa adjudicataria sobre la ilegalidad de la modificación"*.

Y también la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en el ya referido Dictamen núm. 131/2020, manifiesta, de una parte, que *"siempre deberá efectuarse el reproche a la Administración: nunca puede alegar desconocimiento de su sujeción al principio de legalidad administrativa y, en materia de contratación pública, de la imposición legal*

de procedimiento y formalización, con prohibición expresa de la contratación verbal". Y, por otra, que "este reproche también se puede formular habitualmente al contratista" en la medida que "es muy improbable que la empresa que contrata con la Administración desconozca, por muy pequeña que sea su capacidad y su diligencia, la irregularidad de su actuación: que ignore que no puede realizar la prestación solicitada por la Administración, sin formular ninguna oposición, con la única cobertura de un encargo verbal, al margen de cualquier exigencia formal", si bien "no se pueda descartar totalmente" la posibilidad de que desconociera la falta de cobertura legal de la operación en la que interviene. En este sentido, afirma que "lo más probable, por lo tanto, es que se pueda considerar este contratista como copartícipe de los vicios del contrato y, en este sentido, como partícipe de la nulidad provocada" y, en definitiva, que "en esta hipótesis no es absurdo, sino todo lo contrario, que pueda considerarse conveniente que recaigan también sobre esta parte las consecuencias negativas de los vicios mencionados".

En este sentido, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña destaca en ese Dictamen que esta tesis "es la que mayoritariamente mantienen los órganos consultivos", si bien "aunque sea excepcionalmente, habitualmente se admite la inclusión del beneficio industrial en caso de inexistencia de culpa (dolo o negligencia) o bien de mala fe del contratista (...) en aquella hipótesis en la cual, vistas las circunstancias del caso concreto, no se pueda afirmar que tenía conocimiento de la irregularidad del contrato y, por consiguiente, no proceda su calificación como cocausante de la nulidad".

De igual modo, conviene destacar que el Consejo Consultivo de Andalucía ha exceptuado en numerosísimas ocasiones la aplicación de dicha doctrina cuando se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede considerarse al contratista partícipe de la nulidad (baste citar, en este sentido, los recientes Dictámenes núms. 142, 144 y 145 de 2024, todos de 22 de febrero). En ellos se concluye que "negando el beneficio industrial, la Administración, a la que únicamente cabe reprochar la situación, obtendría -en esos casos- un beneficio de dudosa legitimidad".

QUINTA.- Acerca de la restitución que procede llevar a efecto en este caso.

Como ya se ha expuesto, en el momento en el que se declare la nulidad del contrato menor mencionado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.1 LCSP éste entrará en fase de liquidación. Puesto que las partes no pueden restituirse las cosas que hubiesen recibido la una de la otra, deberán devolverse el valor que tuviesen.

No se ha puesto de manifiesto que las partes deban indemnizarse posibles daños y perjuicios que hubieran podido ocasionarse.

Por lo que se refiere a la restitución señalada, no cabe duda de que la Administración municipal debe indemnizar a la empresa ejecutora de las obras por el valor de los trabajos realizados, para evitar apropiarse indebidamente de lo efectuado e incurrir en la prohibición del enriquecimiento injusto.

Sin embargo, en la propuesta se propone no abonar a la mercantil el precio del contrato cuya nulidad se ha declarado, sino sólo el coste de lo que efectivamente realizó, lo que supone excluir el beneficio industrial.

Ya se ha expuesto que es cierto que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto no es de aplicación automática, sino que procede analizar de manera previa la conducta o el comportamiento que haya adoptado la contratista y el modo en que haya incidido en la posible nulidad del contrato, que puede llegar a ser tan determinante que la convierta, incluso, en co-causante -por emplear un término que se ha utilizado en este Dictamen con fundamento en la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía- del vicio, junto con la de la propia Administración.

Este Consejo Jurídico conoce que se ha abierto una doctrina consultiva que aboga por no reconocer el beneficio industrial al que legítimamente tiene derecho cualquier contratista de la Administración cuando con su conducta haya dado pie, de forma maliciosa y culpable, a una contratación tan irregular que motive la nulidad del contrato suscrito. De hecho, en sus Dictámenes núms. 257/2014 y 285/2020 admitió la exclusión del beneficio industrial como medio de reprimir la conducta maliciosa y culpable de la contratista que coopera de manera activa en una práctica administrativa contraria a Derecho.

Sin embargo, esa posible circunstancia no se ha acreditado de manera indubitada en este caso, pues no se ha demostrado convenientemente que la mercantil actuase de manera maliciosa y culpable. A tal efecto procede

recordar que este Consejo Jurídico ya alcanzó una interpretación muy similar al abordar el supuesto de hecho que justificó la emisión de su Dictamen núm. 166/2021.

Pues bien, en este sentido, han explicado los técnicos del Servicio de Obras y Urbanismo del Ayuntamiento consultante que las obras que se ejecutaron y que ellos ordenaron, dirigieron y supervisaron tenían por objeto reparar los desperfectos que había en la fachada posterior del Museo de los Caballos del Vino y, con ello, evitar la caída de partes o fragmentos de dicha pared a la vía pública, con el peligro que podía suponer para los viandantes.

Así pues, los responsables de la mercantil contratista, que ya estaban llevando a cabo obras en la bodega del museo en ejecución de un contrato menor anterior, pudieron considerar razonablemente que los nuevos trabajos no se correspondían con los que ya estaban realizando y que la situación de urgencia descrita podía justificar una orden verbal por parte de los técnicos municipales para llevar a efecto nuevas obras al amparo de otro nuevo contrato menor, para lo que bastaba, por su parte, con aportar en su momento la factura correspondiente.

Esta circunstancia impide en este caso concreto que se pueda detraer el beneficio industrial a la empresa ejecutora de las obras, de modo que procede abonar el precio íntegro expresado en la factura citada.

Finalmente, sólo resta recordar que el reconocimiento y abono de la prestación citada, necesario para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración municipal, no exime de exigir las responsabilidades en que hayan incurrido, en su caso, los funcionarios y las autoridades que hayan participado en la contratación irregular a la que se refiere el presente procedimiento de revisión de oficio.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en tanto que en ella se entiende procedente declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación verbal de un contrato menor para la realización de obras de urgencia en el Museo de los Caballos del Vino de Caravaca de la Cruz, por concurrir las causas previstas en los artículos 47.1,e) LPAC, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 39.1 LCSP, y 39.2,b) LCSP, en relación con el 173.5 TRLHL.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución en lo que se refiere a la exclusión del beneficio industrial en la restitución que hay que llevar a cabo, porque procede abonarlo y, en consecuencia, el total de la prestación que realizada por la contratista.

TERCERA.- Conviene recordar que el reconocimiento y abono de la restitución que procede para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración municipal no exime de exigir las responsabilidades en que hayan incurrido, en su caso, los funcionarios y las autoridades que hayan participado en la actuación contraria a Derecho.

No obstante, V.S. resolverá.