



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 330/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 5 de diciembre de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Medio Ambiente, Universidades, Investigación y Mar Menor (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 23 de octubre de 2024 (COMINTER 200753), sobre reconocimiento de obligaciones con omisión de fiscalización previa, correspondiente a la contratación del servicio de retirada de biomasa vegetal y limpieza de áreas marítimas del Mar Menor (exp. 2024_368), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El informe de la Interventora delegada sobre la omisión de fiscalización está fechado el 3 de octubre de 2022, y fue motivado por la propuesta de pago de la certificación nº 8 correspondiente a los trabajos realizados del 1 al 11 de marzo de 2022, y a la propuesta de pago de la certificación final del expediente *servicio de retirada de biomasa vegetal y limpieza de áreas marítimas del mar menor lote 1*. Expone que en el contrato se preveía un plazo de ejecución de 15 mensualidades, explicitado en un cronograma, entre agosto de 2021 y octubre de 2022, que se iría abonando al contratista en liquidaciones mensuales. Sin embargo, señala la Interventora, que cuando se tramita la certificación nº 8 correspondiente a los días del 1 al 11 de marzo de 2022, recibida en la Intervención Delegada el 31 de marzo de 2022, se detecta que se consume la totalidad del crédito previsto para toda la duración del contrato, que debía finalizar el 31 de octubre de 2022.

Consultado por la Interventora el Servicio Jurídico de la Consejería, considera éste que se han asumido obligaciones no contempladas en los términos pactados en el contrato inicial, que fija unas prestaciones mensuales y una duración concreta. Por tanto, no se trataba de un contrato consistente sólo en la realización de horas, sino que éstas debían ejecutarse a lo largo de toda la vida del contrato en las cuantías previstas en el cronograma.

Por otra parte, dice el informe de la Interventora, que en el PCAP no se había previsto como causa de

modificación del contrato el que se produjese una alteración de las necesidades previstas inicialmente, ya que, la cláusula T del PCAP establece únicamente como causas previstas en el pliego las de los artículos 203 y siguientes de la LCSP y la prevista en la Disposición adicional 20ª de la Ley 1/2020, de Presupuestos Generales de la CARM, en relación con el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria.

Por tanto, el incumplimiento normativo es la realización por la vía de hecho de una modificación que habría consistido en un incremento de las prestaciones por mayores necesidades, tal y como se reflejó en la propuesta de modificación de fecha 11 de febrero de 2022, que no se tramitó, y en su lugar se optó por consumir todas las prestaciones del contrato de forma anticipada. En el expediente consta, continúa la Interventora, una propuesta de modificación del contrato incrementando el precio del mismo en 597.751,20 euros para el periodo comprendido entre el 23 de marzo y el 31 de mayo de 2022, suponiendo un incremento del 49,99753%, y aludiendo a las causas del 205 de la LCSP.

Se ha omitido tanto la fiscalización como la totalidad del procedimiento de modificación del contrato y, por tanto, considera la Interventora, que estamos ante un supuesto de nulidad del contrato modificado.

Finalmente, con cita de algunos Dictámenes del Consejo Jurídico y de algunas resoluciones judiciales, concluye que si concurren vicios que suponen nulidad de pleno derecho no se pueden convalidar dichos actos, por lo que hay que instruir el procedimiento para su declaración de nulidad, indemnizando al contratista con el importe de la contraprestación contractual, pero sustrayendo el beneficio industrial, según dice la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de enero de 2013.

SEGUNDO.- La memoria a que se refiere el artículo 33 del RCI fue emitida el 16 de octubre de 2024 por el Director General del Mar Menor, señalando que el servicio estaba presupuestado por unidades con precios unitarios generales para todo el servicio y que conforman una bolsa de unidades de trabajo (jornales, contenedores y m3) con carácter unitario, permitiendo que su consumo variase en el tiempo en base a las necesidades operativas del momento. Por ello, según dice, el cronograma previsto en el PTT hacía una distribución de recursos o unidades lineal en el tiempo.

Añade que debido a la situación impredecible derivada del aumento exponencial de afloramientos de algas en los últimos meses de forma generalizada en todo el Mar Menor, se tuvieron que incrementar los esfuerzos con el consiguiente consumo de unidades, dando lugar a la finalización de la partida presupuestaria los procesos descontrolados de afloramientos de algas en prácticamente todo el litoral del Mar Menor, algo impredecible, según reitera.

Propone, finalmente, que se someta al Consejo de Gobierno el expediente de omisión de fiscalización para autorizar a la Consejería de Medio Ambiente, Universidades, Investigación y Mar Menor a reconocer la obligación y proponer el pago de las certificaciones nº 8 y nº 9, de liquidación del contrato de servicios citado.

TERCERO.- Consta un informe de 22 de octubre de 2024, del Servicio Jurídico de la Consejería, que incide en que el centro directivo se propuso tramitar una modificación contractual que no se llevó a cabo. Cita un informe de 23 de febrero de 2024, del Servicio de Contratación, que concluye lo siguiente: *“En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que la articulación de la revisión de oficio resulta extremadamente compleja, dada la inexistencia del acto (el modificado) cuya nulidad pretende ser declarada mediante el procedimiento de revisión de oficio como*

paso previo a la compensación al contratista por el servicio prestado. Por estas razones, y dado que las certificaciones emitidas por el responsable del contrato han quedado pendientes de pago, por este Servicio de Contratación se entiende que no procede la revisión de oficio sino la omisión de fiscalización, debiendo procederse por el Servicio Jurídico a elevar la correspondiente propuesta al Consejo de Gobierno, previo dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.

Finalmente, se decanta por no revisar el acto por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente, si se instara la revisión de oficio, no sería inferior al del pago de las facturas propuestas una vez resuelto el incidente de omisión de fiscalización, por lo que informa favorablemente que se eleve el correspondiente acuerdo al Consejo de Gobierno.

CUARTO. - De fecha 22 de octubre de 2024 es la propuesta que la Consejería pretende elevar al Consejo de Gobierno en virtud del artículo 33 del RCI, para que éste decida autorizar a la Consejería de Medio Ambiente, Universidades, Investigación y Mar Menor para reconocer la obligación y propuesta de pago de la certificación nº 8 y la certificación final correspondientes al lote nº 1 del contrato.

QUINTO. - Los pliegos del contrato contienen como más relevantes datos, al objeto que ahora interesa, los siguientes:

A) Según lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Contratos del Sector Público, el plazo de ejecución del servicio es de diecinueve (sic) (18) meses, del 1 de mayo de 2021 a 30 de octubre de 2022, a contar desde la firma del acta de inicio de los trabajos. Además, tal y como establece el citado artículo, la iniciación del contrato quedará en suspenso hasta que empiece la ejecución del servicio a la que va asociada. No habrá prórrogas en el presente contrato, finalizando en diciembre de 2022. En el caso de iniciarse el contrato con posterioridad a mayo de 2021 se reducirán las mensualidades totales del contrato (PCAP. 8.).

B) El Lote 1 consiste en el servicio de “Retirada de material biológico en la línea de costa”

C) El servicio se desarrollará durante el plazo de ejecución establecido, siendo ejecutado dentro de los horarios marcados por la Dirección Técnica, de lunes a viernes, pudiéndose desarrollar cualquiera de las tareas recogidas en estas Instrucciones durante ese período. Los días festivos y calendario laboral serán los establecidos en la Región de Murcia. - Los horarios de funcionamiento del servicio establecidos por la Dirección Técnica deberán ser respetados con la máxima exactitud, debiendo ser autorizados por la misma cualquier modificación que se previera necesaria para el buen funcionamiento. - En lo relativo a los horarios y funcionamiento del servicio cuando, por razones de necesidad de servicio o emergencias sobrevenidas, estos deban ser modificados, se dará cuenta al adjudicatario lo antes posible, debiendo modificar estos de manera inmediata, dándolos a conocer a los trabajadores por sus propios medios. La Dirección Técnica podrá ordenar actuaciones de cualquier equipo integrante del servicio, en festivos o fin de semana, notificándolo al coordinador del servicio con 24 horas de antelación, con las excepciones establecidas en caso de emergencias sobrevenidas (PCAP. 12).

D) Se propone que el pago por parte de la Administración se efectúe mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes que correspondan, previa certificación de servicio ejecutado durante dicho periodo de tiempo, según los precios unitarios incluidos en el presupuesto, afectados por la correspondiente baja, una vez que hayan sido revisados y aceptados como conformes por el responsable del contrato.

E) El cronograma que figura como anexo al PPT divide los trabajos en 18 mensualidades

F) El adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y de los plazos parciales fijados por la Administración. (PPT. 9). Los contratos de mera actividad o de medios se extinguirán por el cumplimiento del plazo inicialmente previsto

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. - Carácter del Dictamen.

Como expresa el escrito de formalización de la consulta, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y con amparo en el artículo 12.12 LCJ, al versar sobre una consulta relativa al reconocimiento de obligaciones realizado con omisión de la fiscalización previa.

SEGUNDA. - Sobre el procedimiento.

Es llamativo el tiempo transcurrido desde que se inicia el procedimiento con el informe de la Interventora, el 3 de octubre de 2022, hasta que, el 22 de octubre de 2024 se formula la propuesta de resolución que posteriormente se remite al Consejo Jurídico para la emisión del preceptivo dictamen. La demora desproporcionada en resolver el procedimiento no parece tener justificación alguna y obra en contra de los intereses del particular, además de ser contraria al principio de servicio a los ciudadanos referido en el artículo 4 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, principio integrante, a su vez, del de buena administración.

TERCERA. - Sobre el fondo del asunto.

I. El plazo de ejecución de los contratos constituye un elemento esencial del negocio jurídico en cuanto que acota la ejecución de su objeto al espacio temporal previsto por la propia Administración según las necesidades que se pretende solventar, todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 LCSP, según el cual el plazo *“deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someterse periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”*.

Se distingue, en materia de contratos, entre los de actividad y los de resultado. En los primeros, el plazo se fija

como plazo de duración, en los que el tiempo opera como elemento definitorio de la prestación, de manera que, expirado el plazo, el contrato se extingue necesariamente, como es el caso, en general, de los contratos de servicios celebrados por un período determinado (limpieza y mantenimiento). De otra parte, los contratos en los que el plazo es de ejecución de un resultado, son aquellos en los que el tiempo opera como simple circunstancia de la prestación; por ello, el contrato no se extingue, aunque llegue una determinada fecha, sino cuando se concluye la prestación pactada. El caso típico es el contrato de obra, que sólo se cumple cuando se entrega la obra, con independencia de si el plazo se prorroga o no.

Examinadas las prestaciones contractuales objeto de este Dictamen, resulta que configuran un contrato de servicios sujeto a plazo y, como el propio PCAP señala, se trata de un contrato de mera actividad o de medios que se extingue por el cumplimiento del plazo inicialmente previsto, tal como prevé sobre la ejecución de los contratos de servicios el artículo 311.6 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo expresa con iguales palabras que el pliego: *se extinguirán por el cumplimiento del plazo inicialmente previsto o las prórrogas acordadas*. No estamos, por tanto, ante un contrato de resultado en el que el plazo no sería sino la medida temporal de tal efecto.

II. Resulta, en consecuencia, que la alteración del plazo implica una modificación del contrato que debió tramitarse como inicialmente proyectó el centro gestor, y no hacerlo ha ocasionado una actuación al margen de lo contratado, toda vez que se inició una modificación para adaptarse a las necesidades a satisfacer que no se llegó a tramitar, pero se ejecutó parcialmente en la medida en que las certificaciones agotaron el presupuesto del contrato con 8 meses de antelación a la fecha contratada.

Debió instrumentarse la modificación, además, por los trámites aplicables a las modificaciones no previstas en los pliegos, establecidos en el artículo 205 LCSP; en concreto, respecto a este procedimiento de modificación, resultaba preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico, al ser la cuantía de ella superior al 20 % del precio inicial, siendo éste, a su vez, superior a 600.000 euros (art. 12.8 LCJ).

De ahí resultan dos consecuencias relevantes para la consulta, siendo la primera que se omitió la totalidad del procedimiento de modificación del contrato ejecutando prestaciones al margen del órgano de contratación y, segunda, que se omitió la preceptiva fiscalización previa de tal modificación.

III. Ha existido un acto verbal de adjudicación de un contrato modificado que ha de calificarse de nulo de pleno derecho, en el entendimiento de que la contratación administrativa es esencialmente formal, y la propia LCSP, siguiendo lo establecido ya por el TRLCSP, prohíbe expresamente en el artículo 37.1 la contratación verbal, salvo en los supuestos excepcionales de emergencia (Dict. del Consejo Jurídico de la Región de Murcia 130/2009 y 240/2020), prohibición que, como es lógico, se extiende a las modificaciones contractuales que incurren en esa irregularidad (Dict. del Consejo Jurídico de la Región de Murcia 86/2007).

De lo expuesto se desprende que el acto de adjudicación del contrato modificado, y éste mismo, están incursos en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1, e) LPAC (en relación con el 39.1 LCSP), es decir haberse adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Si, como afirma el Dictamen de 30 de octubre de 2003, del Consejo de Estado, referido a un supuesto análogo, *"para que concurra este vicio de nulidad, es preciso que el procedimiento se haya violentado de modo terminante y claro, provocando una irregular formación de la voluntad administrativa"*, no cabe duda de que así ocurrió en el asunto examinado, en cuanto la omisión de los referidos trámites impidió justificar debidamente la causa habilitante de la modificación contractual y dio lugar a una alteración notable del plazo contractual, violentando de esta forma el correcto

proceder en la formación de la voluntad de la Administración a la hora de modificar el contrato que tenía suscrito.

Por otra parte, y como señalamos para un caso análogo en nuestro Dictamen 7/2005, de 17 de enero, las indicadas formalidades no pueden *"quedar exceptuadas por el hecho de que la modificación se realizara de mutuo acuerdo con el concesionario, ya que las reseñadas actuaciones instructoras, previas a las modificaciones concesionales o contractuales, se dirigen a velar por la legalidad de las mismas, tanto en beneficio del particular como, sobre todo, de la Administración y los intereses públicos que ésta debe proteger"*.

Pero, además, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia asimila a esta omisión total del procedimiento la omisión de un trámite esencial y, así, la preterición del Dictamen del Consejo de Estado o del Consejo consultivo equivalente, como lo es este Consejo Jurídico, supone la omisión de un trámite esencial que determina por sí la nulidad del acto, conclusión ésta con abundantes muestras en la jurisprudencia y que tiene su ratio en su función garantista (así, en tal sentido, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 14 julio 1997, recurso de apelación núm. 13439/1991).

Aún más, puede decirse que el acto de adjudicación del contrato modificado ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, incurriendo así también en la causa de nulidad del artículo 39.1 LCSP en relación con el 47.1, b) LPACAP. Ello es así porque de forma clara y notoria resulta que el titular del órgano que al parecer ha realizado el encargo verbal, el Director Técnico, carece de toda competencia para contratar (STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 24 de febrero de 1989), ya que ésta corresponde en la Comunidad Autónoma a los titulares de las Consejerías, según el artículo 16.2, m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

IV. Denuncia el informe de la Intervención que se ha omitido la fiscalización previa de la modificación contractual, que era exigida por el artículo 93.1, a) TRLHRM, el cual establece la intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos o valores.

Siendo ello así, no es sin embargo causa de nulidad de pleno derecho, ya que, como ha declarado el Tribunal Supremo, no implica prescindir totalmente del procedimiento, por lo que es mera causa de anulabilidad (STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de febrero de 2000, rec.nº 3170/1994) que podría ser subsanada por el Consejo de Gobierno a través del artículo 33 RCI.

CUARTA.- Sobre la revisión del acto.

I. A la vista del estado del expediente, y con los datos expuestos, la Interventora se decanta por la revisión del acto, negando por tanto la legalidad de elevar el acuerdo al Consejo de Gobierno para su subsanación. Su conclusión tiene apoyo en la Circular de la Intervención General de la CARM 1/98, de 10 de julio, sobre tramitación y contenido de los informes a emitir cuando se observe la omisión de la fiscalización o intervención previa (la cual es trasunto del RCI, art. 33), según la cual el órgano fiscalizador tiene que valorar la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, y para ello tendrá en cuenta *que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento*

injusto, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

Teniendo ello en cuenta, la Interventora considera, como consta en Antecedentes, que mediante la revisión de oficio y declaración de nulidad habría que indemnizar al contratista con el importe de la contraprestación contractual que el expediente propone, pero sustrayendo el beneficio industrial.

Respecto a la procedencia o no de revisar el acto, cuestión de cuya respuesta derivará si debe someterse al Consejo de Gobierno el acuerdo proyectado, cabe hacer unas consideraciones a la luz de las últimas manifestaciones jurisprudenciales, doctrinales, consultivas y normativas, que componen un cúmulo de razonamientos y datos que no habían tenido antes la incidencia que ahora deben tener.

En primer lugar, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de enero de 2013 (re.nº. 5082/2010), que cita la Interventora, abrió una brecha en favor de no indemnizar el lucro cesante en los casos de nulidad del contrato, atendiendo a la idea de que un acto nulo no podría desplegar ningún efecto. Esta aislada sentencia se ha visto complementada por la de igual sala de 8 de abril de 2022 (re.nº. 4111/2020), que también deniega la indemnización por lucro cesante afirmando que *se deben aplicar los principios de la teoría general de la invalidez contractual, que distingue entre la categoría del acto nulo de pleno derecho de la del acto anulable o rescindible, tal como ha mantenido tradicionalmente la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y que ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la mencionada sentencia de 11 de enero de 2013, por lo que no cabe equiparar los efectos de la declaración de invalidez o nulidad radical del contrato administrativo a los que corresponden a la resolución por incumplimiento, a los efectos de determinar la procedencia de reconocer indiferenciadamente las reclamaciones indemnizatorias por daños emergentes y por lucro cesante. Al respecto, cabe significar que el artículo 1106 del Código Civil reserva la indemnización por lucro cesante a los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento, de modo que no cabe reconocer, en el caso enjuiciado el derecho de la mercantil () a percibir indemnización por lucro cesante como si el contrato de concesión de la gestión de los servicios municipales de agua potable, que tenía una duración prevista de 25 años, se hubiere ejecutado íntegramente cuando en realidad solo se ha ejecutado parcialmente.*

En segundo lugar, apareció a partir del año 2017 la figura de la responsabilidad patrimonial contractual de la Administración, reconocida en el artículo 191.3, c), de la LCSP, atribuyendo a los contratistas la posibilidad de acudir a esta vía resarcitoria, que se ha ido desarrollando en los últimos tiempos despertando algunas expectativas de canalizar casos como el ahora dictaminado. Así, para algunos, en determinados supuestos y pese a la ausencia de un contrato concluido conforme a los requisitos exigidos por la normativa sobre contratación pública, podría apreciarse la existencia de un contrato verbal por medio del cual el contratista se obliga a prestar determinados servicios a cambio de un precio a abonar por la Administración, elementos éstos que, según se dice, permiten su reconducción a la vía de la responsabilidad contractual, en la que, también según se dice, la compensación económica se hace a título de contraprestación y no de resarcimiento.

Sobre ello, la significativa STS núm. 169/2021, de 10 febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, señala que la distinción de esta responsabilidad contractual de la extracontractual deriva de su fuente misma, en un caso, el contrato, y en el otro, la ley. En la contractual, la responsabilidad de la Administración se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de un contrato y en la extracontractual, la responsabilidad se origina por el daño causado al particular por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. En el primer caso se parte de un vínculo jurídico previo entre la Administración y el particular, que es el generado por el haz de derechos y obligaciones que supone el contrato y que determina el nacimiento de responsabilidad por los perjuicios que su incumplimiento provoca; en el segundo, no existe vínculo previo entre la Administración y el particular, y el deber de indemnizar surge de la mera actuación, en sentido amplio, de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, la Administración debe indemnizar sin que exista ninguna relación obligatoria previa que le vincule con el particular, sin que exista ninguna obligación ni deber previo concreto incumplido. En ambos casos, continúa el TS, surge la responsabilidad de la Administración y el

consiguiente deber de indemnizar por el daño producido, pero son dos responsabilidades distintas, porque el título de imputación del daño a la Administración no es el mismo, pues en un caso deriva del incumplimiento de un contrato, de un deber concreto, y en el otro, del mero actuar de la Administración, sin vínculo jurídico previo alguno con el particular que sufre el daño.

En tercer lugar, una corriente consultiva representada por el Consejo Consultivo de Andalucía en los dictámenes que la Interventora cita, abogó por la no satisfacción del lucro cesante en estos casos, al considerar que la liquidación no puede tener por base una relación contractual viciada de nulidad, al no ser ésta susceptible de producir efectos equivalentes a la nacida válidamente, obligación de restitución que no surge del contrato, sino de lo dispuesto en el artículo 42.1 LCSP, del que se desprende que tal restitución únicamente se extiende al valor de la prestación.

En línea semejante, la reciente doctrina del Consejo de Estado contempla que la empresa contratista pudiera no ser del todo ajena a la irregularidad que se ha producido, concluyendo que, en tal caso, no puede beneficiarse de ella como si de una aplicación ordinaria del contrato se tratase. De concurrir tal circunstancia, dice la doctrina, no procederá abonar el precio de la prestación facturado sino su coste, que se calculará detrayendo de dicho precio el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio (entre otros, dictámenes números 843/2017, 906/2019 o 1.112/2019). En algunos casos, no obstante, dada la dificultad que presenta el cálculo de ese beneficio industrial, el Consejo de Estado ha indicado que, en lugar de este, procede detracer un 10 % de las facturas pendientes de abono (dictámenes números 506/2017, 842/2017, 80/2019 y 878/2019).

Esta evolución de las ideas y reflexiones en cuanto al tema ha sido considerada por el Consejo Jurídico en los Dictámenes núms. 98 y 134 de 2024, en los que se entiende procedente declarar la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación verbal de un contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 47.1,e) LPAC, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 39.1 LCSP, y 39.2,b) LCSP; además, se estima posible, como ya se hiciera en los Dictámenes núms. 257/2014 y 285/2020, la exclusión del beneficio industrial como medio de reprimir la conducta maliciosa y culposa de la contratista que coopera de manera activa en una práctica administrativa contraria a Derecho, siempre que esa circunstancia se acredite de manera indubitada; y, finalmente, entiende también el Consejo Jurídico que el reconocimiento y abono de la restitución que procede para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, 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.

II. Teniendo en cuenta este bagaje argumental, parece que aconsejar que se instruya el procedimiento de revisión del acto es adecuado y responde a las previsiones del ordenamiento jurídico, que compele a las Administraciones Públicas a declarar, cuando concurra, la nulidad de pleno derecho (art.106.1 LPAC), sin que sea discrecional adoptar o no esa decisión (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2005, rec.nº. 3957/1999). Es adecuado recordar que el mencionado artículo 106. 1 LPAC utiliza la expresión las Administraciones Públicas *declararán de oficio la nulidad*, corrigiendo así la redacción anterior del precepto que simplemente decía *podrán declarar*. El planteamiento, pues, es que la potestad de revisión constituye para la Administración una obligación cuando considera que un acto constituye una infracción del Ordenamiento Jurídico susceptible de ser considerada como una causa de nulidad de pleno derecho (en tal sentido la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de noviembre de 2023, rec.nº 2044/2021).

III. Por otra parte, la tramitación de la revisión de oficio conllevaría, de una parte, dar oportunidad al interesado para que alegue sobre las cuestiones planteadas con ocasión de la misma, entre ellas si procede la indemnización por el importe total de lo facturado o la restitución con detrimento del beneficio industrial, o si se deben considerar los límites a la revisión de oficio establecidos en el artículo 110 LPAC, que establece que *"las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejercitadas 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"*.

Conforme señalamos en el citado Dictamen 7/2005, *"de la doctrina y la jurisprudencia recaída sobre este precepto se desprende que, frente al principio general que obliga a la Administración a privar de efectos jurídicos a los actos y negocios incurridos en infracciones tan graves como las que dan lugar a su nulidad de pleno Derecho, el referido precepto legal operará, por excepción, cuando se acredite y justifique que el mantenimiento de los efectos jurídicos de dichos actos resulta de mayor interés público que la privación de aquéllos. No se trata, pues, en puridad, de decantarse por el interés privado de los particulares frente al público que supone la eliminación de un*

acto nulo, sino de que, en justificados y excepcionales casos, la estabilidad o mantenimiento de tales actos revista un interés, igualmente público, de entidad superior a su eliminación, y ello en cumplimiento del principio de seguridad jurídica, como contrapeso al de legalidad.

Se trata de ponderar los intereses públicos en juego y de decantarse por el que merezca mayor protección.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Que no procede elevar al Consejo de Gobierno la propuesta objeto de Dictamen, ya que ha de tramitarse la revisión de oficio del contrato modificado.

No obstante, V.E. resolverá.

