



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Señores Consejeros:

Gómez Fayrén, Presidente y
Consejero en funciones.
Gálvez Muñoz, en funciones.
Pérez Alcaraz.
Soro Mateo.

Letrado-Secretario General:
Contreras Ortiz.

Dictamen nº 134/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de mayo 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 día 19 de febrero de 2024 (REG. núm. 202400056354), sobre nulidad del contrato con Hortus Vertical, S. L. para Jardín

Vertical en Plaza Nueva Creación (exp. 2024_054), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 2022, el Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz adjudicó un contrato menor de obras a favor de “Hortus Vertical S.L.”, por importe de 42.901,76 euros, en concepto de “*Jardín Vertical en plaza de nueva creación sita en carretera de Granada esquina calle Junquico-Naturaleza en el espacio público*”. Consta entre la documentación remitida al Consejo Jurídico el Decreto de adjudicación del contrato, pero ningún documento relativo a las actuaciones preparatorias que enumera el artículo 118 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).

Según se desprende del expediente, existe otro contrato menor de obras, adjudicado el 7 de noviembre de 2022, a favor de “Construcciones Torres Bernal 2015, SLU”, por importe de 48.387,90 euros, en concepto de “*Adecuación de espacio público sostenible en Avenida de Granada y Calle Junquico*”. De este contrato se tiene constancia por los informes de





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Intervención y Secretaría que se han evacuado en el procedimiento al que se refiere este Dictamen, pero no consta documento alguno en el expediente, ni siquiera el decreto de adjudicación.

SEGUNDO.- Los días 12 y 15 de mayo de 2023, respectivamente, tienen entrada en el registro de facturas del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, dos facturas con número 57 y 58, expedidas por “*Construcciones Torres Bernal 2015, SLU*”, en concepto de “*Cierre lateral y superior de jardín vertical (Caravaca de la Cruz)*”, por importe de 10.274,72 euros; y “*Demasías en obra Jardín Vertical (Caravaca de la Cruz)*”, por importe de 11.416,35 euros.

TERCERO.- Dada la aparente existencia de dos contratos menores con el mismo objeto, con fecha 5 de junio de 2023, la Intervención Municipal requiere al Servicio de Obras y Urbanismo para que informe acerca de los siguientes aspectos:

- En qué consistía la obra realizada al margen del contrato.
- Por qué no se incluyó dicha prestación en el objeto del contrato y por qué no se han agrupado los dos contratos menores existentes en la misma actuación.
- Si existe conformidad de los trabajos facturados.
- Si lo facturado se ajusta a precios de mercado.

CUARTO.- El 23 de junio de 2023, el Servicio de Obras y Urbanismo informa que se trata de dos obras completamente diferenciadas e independientes, por cuanto que una es la propia ejecución de la mencionada plaza y, la otra, una actuación de emergencia por seguridad en el espacio adyacente para garantizar la estabilidad de una edificación colindante. Esta última actuación no se incluyó en el contrato de ejecución de la plaza porque en su momento se desconocía el estado de la edificación colindante. Posteriormente, se pensó que en la estructura medianera que iba destinada a la ejecución de un trampantojo-grafiti, se utilizara para la instalación de un jardín vertical, por este motivo se efectuó, una vez realizado el proyecto de la plaza, el proyecto del jardín vertical, como un objeto mobiliario independiente.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

En relación con los otros aspectos sobre los que solicita informe la Intervención Municipal, se indica que sí existe conformidad con los trabajos recogidos en las facturas 57 y 58, por cuanto dichos trabajos están ejecutados, de manera adecuada, bajo supervisión técnica y conforme a la necesidad urgente de su ejecución para evitar daños estructurales en la vivienda colindante. Y que, según el documento F-1597 y F-1613 Anexos, se han facturado una serie de trabajos, que han sido comparados con el programa de mediciones Arquímedes, y con la base de precios de la Región de Murcia. Visto el resultado obtenido, se entiende que los precios se ajustan al mercado.

QUINTO.- Con fecha 13 de noviembre de 2023, la Intervención Municipal emite informe de omisión de la función interventora sobre las referidas facturas. Considera la Intervención que *“en términos generales se trata de un contrato de obras cuyo objeto ha sido fraccionado en diversos contratos con el fin de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”*, con infracción de los artículos 99.2 y 132.2 LCSP. De modo que *“El gasto se ejecuta sin respetar los procedimientos preceptivos de la ley de contratos. Es por ello que de acuerdo con el artículo 39.1 de la LCSP y en concordancia el artículo 47.1.e) LPACAP se trataría de un supuesto de nulidad de pleno derecho “el gasto se ejecuta sin respetar los procedimientos preceptivos de la ley de contratos. Es por ello que de acuerdo con el artículo 39.1 de la LCSP y en concordancia el artículo 47.1.e) LPACAP se trataría de un supuesto de nulidad de pleno derecho”*.

Además, considera el informe de Intervención que *“no existía crédito adecuado y suficiente cuando tuvieron entrada las correspondientes facturas, por lo que el contrato se ejecutó sin la correspondiente consignación presupuestaria”*, por lo que de conformidad con el artículo 39.2, b) de la LCSP, se trataría de un contrato nulo. Además, el gasto se habría ejecutado sin la aprobación previa y con omisión de la preceptiva fiscalización previa.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

El informe concluye que *“en conclusión, nos encontramos ante dos supuestos de nulidad de pleno derecho por la ejecución de un contrato sin la correspondiente existencia de crédito y por prescindir absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la LCSP”*, en la medida en que no habría sido objeto de licitación y que, *“de haberse licitado el contrato se podrían haber incluido mejoras en el mismo y obtener precios inferiores en su ejecución”*.

En cualquier caso, considera el informe que las prestaciones se han llevado a cabo de manera efectiva y que su precio se ajusta al de mercado. Y que existe crédito presupuestario tras haber realizado la oportuna modificación presupuestaria, pues en el momento de presentarse las facturas no existía crédito adecuado y suficiente.

Entiende la Intervención Municipal que procede la revisión de oficio de los actos que dieron lugar a las facturas referidas,

SEXTO.- El 27 de diciembre de 2023, la Secretaría Municipal evacua informe que, con fundamento en el de la Intervención reseñado en el Antecedente quinto, propone a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Caravaca incoar *“el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de pleno derecho por la ejecución de un contrato sin la correspondiente existencia de crédito y por prescindir absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en lo que se refiere a las facturas F/2023/1597 y F/2023/1613”*, debiendo otorgar audiencia a la mercantil *Construcciones Torres Bernal 2015, SLU*.

SÉPTIMO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de enero de 2024, se acuerda aprobar en sus propios términos la propuesta elevada por la Secretaría Municipal y, en consecuencia, incoar el procedimiento de revisión de oficio. También se acuerda otorgar audiencia a la mercantil *“Construcciones Torres Bernal 2015, SLU”*.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

OCTAVO.- Con fecha 29 de enero de 2024, la Junta de Gobierno Local acuerda remitir el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen, toda vez que el órgano de contratación considera que *“se está en presencia de un supuesto de nulidad de pleno derecho por la ejecución de un contrato sin la correspondiente existencia de crédito y por prescindir absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en lo que se refiere a las facturas F/2023/1597 y F/2023/1613”*.

También se argumenta que, una vez que se declare la nulidad, 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 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 adopta en el Informe núm. 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de

31/05/2024 13:43:38

31/05/2024 13:10:39 GÓMEZ FAYRÉN, ANTONIO

CONTEPES.ORTIZ, MANUEL MARIA

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-17f5a863-1f48-931c-6fed-0050569b6280





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).

Por otra parte, se expone que, el 10 de enero de 2024 se notificó a la mercantil “Torres Bernal 2015, SLU” 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. No consta que este acuerdo suspensivo del procedimiento haya sido notificado a la mercantil interesada.

En tal estado de tramitación, y 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 y alcance del Dictamen.

I. 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,





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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.

II. De la escasa documentación obrante en el expediente remitido al Consejo Jurídico se deducen algunos indicios de un eventual fraccionamiento de la obra objeto del contrato, que son objeto de análisis por la Intervención Municipal en su informe de 13 de noviembre de 2023. La ausencia de la documentación preparatoria -exigida por el artículo 118 LCSP- correspondiente a los contratos menores de obras suscritos en fechas muy próximas (hay tres días de diferencia entre uno y otro) con “Hortus Vertical, SL”, para la ejecución del jardín vertical, y con “Torres Bernal 2015, SLU”, para la adecuación de la plaza en la que se ubica el elemento decorativo, impiden a este Consejo Jurídico efectuar un análisis en profundidad de la situación, en orden a determinar si se produjo o no un irregular fraccionamiento del contrato para eludir los umbrales de cuantía que permiten acudir a esta modalidad de contratación y, con ello, el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y concurrencia impuestas por la normativa de contratos del sector público.

Ello lleva a este Consejo Jurídico a limitar el alcance de este Dictamen estrictamente a la consulta efectuada, es decir, a la propuesta de declaración de nulidad de los actos que dieron lugar a una contratación verbal y sin consignación presupuestaria, sin perjuicio de advertir a la Autoridad consultante acerca de la necesidad de realizar las averiguaciones oportunas





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

en orden a establecer o descartar la existencia de eventuales causas de nulidad en los contratos menores suscritos por el Ayuntamiento, para la adecuación de la plaza y para la ejecución del jardín vertical, y actuar en consecuencia.

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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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 escaso período de tiempo transcurrido, apenas un año, 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 el plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de revisión de oficio vencerá el próximo 3 de julio de 2024.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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.

III. 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 de los informes de omisión de la función interventora realizado por la Intervención del Ayuntamiento consultante y del informe de su Secretaría General, así como del realizado por los técnicos del Servicio de Obras y Urbanismo, y que se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, entendiéndose como tal el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 29 de enero de 2024. No se ha considerado necesario abrir un período de proposición y práctica de prueba, ni la propia interesada lo ha propuesto.

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.

31/05/2024 13:43:38

31/05/2024 13:10:39 GÓMEZ FAYRÉN, ANTONIO

CONTRERAS ORTIZ, MANUEL MARIA

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARMA-775a863-1f48-931c-6fed-0050569b6280





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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 se efectuó, en este caso, sin conformar el expediente de contrato menor al que se refiere el artículo 118 LCSP ya mencionado, lo que supone que el acto administrativo de adjudicación del contrato menor se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que está incurrido 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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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, 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, y alcance de la restitución respecto al beneficio industrial.

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 señaló el Consejo de Estado en 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”*.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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”*.

A este respecto, cabe concluir que existe acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en cuanto a la necesidad de garantizar el equilibrio económico entre las partes, siendo la vía del enriquecimiento injusto la que mayoritariamente se predica para articular los efectos de las contrataciones incursas en vicio de nulidad radical o de pleno derecho.

II. Ese asenso generalizado respecto de la necesidad de corregir el desequilibrio que podría producir la declaración de nulidad del contrato, y de compensar al contratista los trabajos efectivamente ejecutados, no se traslada, sin embargo, al momento de determinar el alcance de dicha compensación, existiendo en este punto, tanto en la doctrina de los Órganos

31/05/2024 13:43:38

31/05/2024 13:10:39 GÓMEZ FAYRÉN, ANTONIO

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-775a863-1f48-931c-6fed-0050569b6280





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

consultivos, como en la jurisprudencia -en lo que a la partida correspondiente al beneficio industrial se refiere-, disparidad de criterios, lo que impide que puedan establecerse unas pautas claras y de general aceptación.

a) De una parte, son numerosos los pronunciamientos que en los últimos años han venido manteniendo que el beneficio industrial no debe incorporarse entre las partidas a restituir a los contratistas tras la declaración de nulidad del contrato. Las razones sobre las que asienta esta línea de pensamiento son diversas. En gran parte de estos pronunciamientos se señala que los efectos de un contrato nulo no pueden equipararse a los de la resolución de un contrato válido, por cuanto la nulidad supone que la obligación no ha llegado a nacer válidamente, con lo que las partes únicamente quedan obligadas a restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato con sus frutos, pero no el lucro cesante, en el que se integra el beneficio industrial. Se suele aludir también al hecho de que la Administración no se ha enriquecido en el beneficio industrial, por lo que no cabe incluirlo en la liquidación que deba practicar a favor del contratista. No resultan infrecuentes tampoco los casos en que se alude a la participación del contratista, como concausante de la nulidad, al haber consentido la irregular actuación administrativa, prestando unos trabajos o servicios sin la necesaria cobertura jurídica y sin plantear oposición alguna.

Así, siguiendo estas orientaciones que de forma muy esquemática acabamos de apuntar, 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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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.

También el Consejo de Estado se ha pronunciado a favor de la exclusión del beneficio industrial de las partidas restitutorias debidas al contratista. Así, en su Dictamen de 7 de julio de 2016 (exp. 552/2016), manifiesta lo siguiente: *“procede señalar que, habiéndose apreciado causa de nulidad (doble en este caso), ello comporta la obligación de restitución recíproca de aquello que hubieran recibido en virtud del mismo y, si esto no fuera posible, la devolución de su valor, de acuerdo con el artículo 35 del TRLCSP. Para casos -como el presente- en que antes de la declaración de nulidad se ha ejecutado el contrato por la contratista, esta tiene derecho a ser resarcida, en la medida en que la Administración se aprovechó de las prestaciones recibidas, en la forma establecida por el artículo 35.1 del TRLCSP. De lo anterior se colige que la expulsión del mundo jurídico del contrato de referencia privaría de cobertura a la realización de la obra, resultando que como la misma fue realizada por la contratista (con la aquiescencia y posterior verificación por parte del Ayuntamiento), ello supone la obligada aplicación de los contenidos del referido artículo 35.1 del TRLCSP. Declarada la nulidad del contrato, procede indemnizar a la empresa Gestión Integral de Obra Civil, S. L. U. con la cantidad de 14.230,84 euros, más el IVA correspondiente, sin tener en cuenta los conceptos de gastos generales y beneficio industrial, en la forma indicada en la proposición de resolución”*.

De igual modo, en Dictamen de 30 de marzo de 2017 (exp. 196/2017), el Alto Órgano Consultivo se pronuncia en los siguientes términos: *«La sociedad reclamante solicita el abono de la partida de beneficio industrial que le ha sido detrída a consecuencia de la anulación de la adjudicación y*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

modificación del contrato de referencia. De acuerdo con la propuesta de resolución y con el dictamen 278/2015, de 28 de mayo de 2015, del Consejo Consultivo de Extremadura, no puede estimarse la reclamación, por cuanto no puede obviarse la conducta de la contratista en relación con la modificación, que con el consentimiento prestado a la modificación nula de pleno derecho, coadyuvó a la irregularidad hoy anulada. Efectivamente, como se indicaba en dicho dictamen "no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad. En este plano, el Consejo Consultivo ha expuesto en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. La consistencia jurídica de una solución de estas características está anclada en las sólidas razones que justifican la existencia misma de un régimen jurídico propio para la contratación administrativa, y es congruente no sólo con lo expresamente establecido por el legislador, sino también con la necesidad de defender el interés público, evitando quebrantos para la Hacienda Pública a la par que se desincentivan conductas antijurídicas que socavan los principios de la contratación administrativa de las Administraciones Públicas"».

Similares pronunciamientos se contienen en los Dictámenes del mismo Consejo de Estado de 16 de noviembre y 20 de diciembre de 2017 (exptes. 783 y 843/2017), manifestando en este último que *"la empresa no fue ajena a la irregularidad detectada, pues sabía que el contrato menor en su día celebrado estaba expirado y no podía servir de cobertura a los servicios prestados. De modo que, conforme al artículo 35.1 de la norma aplicable al presente caso, Ley de Contratos del Sector Público -texto refundido de 2011-, no debe abonarse a TECISA 74 el precio de la prestación facturado entre los meses de diciembre de 2015 a junio de 2016 sino su coste, que se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener"*.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

También en la línea de exclusión del beneficio industrial como compensación al contratista en los supuestos de nulidad del contrato se sitúa 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*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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, sino 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”.

Gran parte de estos pronunciamientos se fundamenta, como anteriormente avanzamos, 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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

- 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 dicho Órgano consultivo, números 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 números 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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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”*.

Cabe recordar, asimismo, que la jurisprudencia niega que este beneficio industrial se pueda recibir por el contratista, en concepto de indemnización por lucro cesante, cuando lo que se produce es la nulidad del contrato -sin haberse completado la ejecución de las prestaciones- y no la resolución por incumplimiento contractual, toda vez que, *“siendo la invalidez y el incumplimiento del contrato dos instituciones contractuales diferenciadas, a la luz de la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con la legislación contractual contenida en el Código Civil, no cabe equiparar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo con los derivados de la resolución del contrato”*.

31/05/2024 13:43:38

31/05/2024 13:10:39 GÓMEZ FAYRÉN, ANTONIO

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-775a863-148-931-c6fed-0050569b6280





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

por incumplimiento, ya que se desnaturalizaría el carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales si la parte perjudicada por la nulidad del contrato percibiera de la contraria, en concepto de lucro cesante, el mismo beneficio que si el contrato hubiere sido declarado válido, sin la carga que representa el cumplimiento de las prestaciones contraídas” (Sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 444/2022, de 8 de abril, que reitera la doctrina establecida por la Sentencia de la misma Sala, de 11 de enero de 2013, recurso 5082/2010).

b) Distinta corriente de opinión a la que acabamos de aludir se contiene igualmente en numerosos dictámenes de Órganos consultivos y resoluciones judiciales, que estiman que, tras la declaración de nulidad del contrato, el beneficio industrial debe integrarse en la restitución debida al contratista. Las razones que abogan por una tal conclusión son también diversas: ausencia de culpa del contratista, confianza legítima de éste, al seguir las instrucciones dadas por la Administración, modificaciones contractuales que obedecen a necesidades urgentes o surgidas en el curso de ejecución del proyecto primitivo, etc.

Así, conviene destacar que el Consejo Consultivo de Andalucía ha exceptuado en numerosísimas ocasiones la aplicación de la anterior 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”*.

De igual modo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 27/2023, de 26 de enero, sostiene que *“en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando los servicios a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede «castigarla», por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el total de las facturas”*.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Y el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en Dictamen 79/2023, de 30 de marzo, analizando el expediente de revisión de oficio de una prórroga carente de cobertura legal, recuerda *“el criterio que venimos manteniendo en este tipo de procedimientos y que se recoge en la Memoria de este Consejo de 2022, en el apartado relativo a Selección de Doctrina, al señalar, en cuanto a “los efectos que deben seguirse de la declaración de nulidad”, que el Consejo Consultivo, “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de diciembre de 2012-ECLI:ES:TS:2012:8362- y 21 de diciembre de 2021-ECLI:ES:TS:2021:4932-) considera adecuado el pago del importe de las facturas sin detracción del beneficio industrial, siempre que no se aprecie en ninguna de las partes el propósito de sustraer interesadamente el negocio a la libre competencia”.*

También el TS ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido que ahora indicamos. En Sentencia de 21 de julio de 2000 (recurso de casación 1933/1996), ante un exceso de obra que *“había tenido lugar no por iniciativa del constructor sino a instancia de los propios órganos municipales”*, la sentencia de casación estima que pese a la irregularidad de la modificación, corresponde abonar a la contratista el beneficio industrial, pues *“el Ayuntamiento demandado es el responsable del exceso de obra litigioso, y, además de haber promovido su realización de manera irregular, no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma. De admitirse tal pretensión, es claro que el Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la mercantil que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación”*. Y en la Sentencia de 11 de mayo de 2004 (recurso de casación 3055/1999), manifiesta el Alto Tribunal que, *“como la cuestión se reduce a determinar si el contratista debía o no percibir el beneficio industrial y los intereses de las obras no incluidas en el primitivo proyecto, pero que se realizaron ante las conveniencias o necesidades surgidas en el curso de ejecución del proyecto primitivo, y que fueron ordenadas y*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

aceptadas por la Administración sin formular reserva alguna, es claro que conforme a lo más atrás expuesto y de acuerdo con la doctrina de la sentencia citada de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 8157) , y con lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de la Ley de Contratos del Estado y artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación, cabe reconocer al recurrente el derecho del abono del beneficio industrial y de los intereses que le correspondan”.

Del mismo modo, ante un supuesto de depósito de vehículos y otros bienes durante veinte años, en concepto de depósito judicial, sin contrato que amparase esa relación, la STS de 14 de octubre de 2015 (recurso de casación 475/2014), estimó que resultaban aplicables por analogía, respecto del beneficio industrial, los criterios legales referentes a la resolución del contrato, o al desistimiento o suspensión de las obras ya iniciadas, estimando, en consecuencia, que en el supuesto enjuiciado procedía abonar a la reclamante dicho beneficio.

Podemos también traer a colación el voto particular formulado frente a la STS de 11 de enero de 2013 (recurso de casación 5082/2010), en la que fundamenta la reciente STS de 8 de abril de 2022, a la que anteriormente aludimos. En dicho voto particular, manifiesta el Magistrado discrepante lo siguiente: *“En cuanto a la segunda premisa, cabe argumentar lo contrario, si en el caso de resolución de un contrato de gestión de un servicio público, por ejemplo por ser el servicio ya innecesario o antieconómico, ha lugar a abonar el beneficio industrial calculado ex lege en el 6%, pero en el que el daño siempre será menor, pues el adjudicatario habrá disfrutado del beneficio del contrato durante el tiempo en que lo ha explotado, mayor motivo habrá, si, por culpa grave imputable exclusivamente a la Administración, el recurrente que, como aquí ocurre ha resultado adjudicatario de un contrato, se ve privado del beneficio que había ganado mediante el procedimiento selectivo. Es decir, en el caso más grave de incumplimiento por parte de la Administración, el efecto jurídico en beneficio de quien ha sufrido el daño sin culpa alguna sería menor”.*

Todo lo anterior revela que la solución que haya de darse en orden a la determinación de si debe o no incluirse el beneficio industrial en la





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

restitución que corresponde al contratista afectado por la declaración de nulidad del contrato, ha de dilucidarse a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso. El grado de ejecución del contrato, y el hecho de que la prestación se haya completado al momento de declararse la nulidad, o, por el contrario, dicha prestación no se haya llegado a realizar o completar; la participación del contratista en la irregularidad invalidante; o los motivos que hayan dado lugar a dicha irregularidad, y la forma en que la misma se haya producido, son algunos de los factores que habrá que analizar, caso por caso, para determinar el alcance de la restitución.

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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

del contrato, que puede llegar a ser tan determinante que la convierta, incluso, en cocausante -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 culposa 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.

En un supuesto de realización de prestaciones sin el adecuado soporte contractual, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, Sevilla, número 504/2020, de 14 de febrero, señala lo siguiente:

“...la tesis que lleva a la Administración demandada a descartar el reconocimiento del derecho de la recurrente a obtener el porcentaje reclamado en concepto de beneficio industrial no ha sido compartido por esta Sala en sentencias anteriores (así, la STSJ, Contencioso sección 1 del 17 de septiembre de 2001, entre otras). Así, se decía en esta última citada que "(...) Es doctrina jurisprudencial reiterada la relativa a que iría en contra del principio de la buena fe contractual, del enriquecimiento injusto, de la equidad y seguridad jurídica la no satisfacción por la Administración del importe económico de las obras o servicios que los particulares le realicen o presten con fundamento o amparo exclusivo en el carácter eminentemente formal de la contratación administrativa... [Los] defectos





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

procedimentales, y en virtud de los principios expuestos, no pueden constituir obstáculo para el abono del importe de las obras realizadas, siempre que estas fueron ordenadas o contratadas por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad, máxime teniendo en cuenta que los defectos de forma contractuales no son imputables al contratista y todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar (STS 28-5-96). De modo que, aunque propiamente no ha existido contrato, el enriquecimiento injusto que se produciría a favor de la Administración lleva derechamente a estimar la pretensión de reclamación de pago (...) No aparecen en los autos que permitan afirmar que existe mala fe en la empresa demandante. En efecto, es un hecho notorio que la Administración, por razones de urgencia explicables muchas veces, dispone la ejecución de obras prescindiendo en un primer momento de ciertos requisitos formales o incluso de la contratación escrita conforme a la legislación. Sin embargo, la obra es recibida por la Administración que interviene en su ejecución dirigiéndola a veces o, pacíficamente, permitiendo su realización. Ordinariamente estas obras inciden en el dominio público, carreteras etc., de forma que resulta imposible que nadie las realice a espaldas de la Administración. No puede estimarse que exista ausencia de buena fe (art. 7 C.C .) en quien realiza la obra a la luz de todos y con el consentimiento tácito del poder público beneficiario de la obra”.

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 trabajos de emergencia para evitar el colapso estructural de la vivienda en cuya fachada se apoyaba el jardín vertical.

Así pues, los responsables de la mercantil contratista, que ya estaban llevando a cabo obras en la plaza 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.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

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 en un jardín vertical, 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, restituir el total de la prestación que fue realizada por la contratista.

TERCERA.- Conviene recordar que el reconocimiento y abono de la restitución que procede para evitar el enriquecimiento injusto de la





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Administración municipal no exime, en casos como este, 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.

EL LETRADO-SECRETARIO GENERAL
(Fecha y firma electrónica al margen)

Vº Bº EL PRESIDENTE Y CONSEJERO
(en funciones)
(Fecha y firma electrónica al margen)

31/05/2024 13:43:38

31/05/2024 13:10:39 GÓMEZ FAYRÉN, ANTONIO

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-1715a863-1143-931c-6fed-0050569b6280

