



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 2 / 2 0 2 3

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 1 de marzo de 2023.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Mazo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de la nulidad del contrato administrativo de obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloques 1 y 2, realizadas por (...) y reflejadas en las facturas 2022-692 y facturas 2022-1964, por importe cada una de las facturas de 27.777,92 con IGIC incluido (Exp. 514/2022 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 21 de diciembre de 2022 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 29 de diciembre de 2022), la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Mazo interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio derivado del vicio de nulidad, por ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, del contrato de las obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloque 1 y 2, cuya ejecución ha dado lugar a las facturas 2022-692 y 2022-1964, por importe cada una de las facturas de 27.777,92 con IGIC incluido, adjudicadas a (...)

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) LCCC, en relación con el art. 41 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 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

contrato fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor así como 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, LCSP, la LPACAP, porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. La Administración municipal al solicitar el Dictamen funda su preceptividad en "*(...) haberse formulado por parte del contratista en el trámite de audiencia concedido oposición a la tramitación*". Notificada la apertura del trámite de audiencia al contratista no consta en el expediente alegación alguna ni cualquier otro escrito del mismo de oposición a la tramitación de la revisión de oficio.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y Disposición Adicional 2.^a LCSP, que en este caso es la Alcaldía.

5. Por último, es de señalar que el art. 41 LCSP remite a la regulación del procedimiento de revisión de oficio contenida en el art. 106.5 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso (28 de septiembre de 2022), el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- La Intervención de Fondos comunica a la Concejalía de Urbanismo con fecha 28 de septiembre de 2022 (Exped. Gestiona 2207/2022), la existencia de facturas en las que podía haberse omitido la fiscalización previa, solicitando información al objeto de comprobar los hechos acaecidos y comprobando que las obras continúan en el mismo estado. Tras el examen y visto el informe del Concejal responsable del Área

de Urbanismo de 28 de septiembre de 2022, se comprueba que las facturas corresponden a obras de ampliación del cementerio municipal de San Urbano, sin que se haya remitido a la Intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previo.

Este informe de omisión de fiscalización señala:

“ (...) nuestro ordenamiento prohíbe la contratación verbal (...) (por lo que) corresponde la tramitación de un procedimiento abierto, con sujeción a las normas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (...) “. Después de apreciar la presencia de “una pluralidad de actos administrativos análogos, que comparten el mismo objeto y sujeto, si bien son actos que generan relaciones jurídicas distintas” (sic), se estima que “se acredita que se ha prescindido totalmente de procedimiento alguno tanto en la selección como en la adjudicación del contratista, vulnerándose los principios de publicidad, concurrencia y objetividad previstos en las normas, de una manera clara y ostensible. En definitiva, acontece un contrato de facto no amparado en precepto legal. En aplicación de los artículos 39 LCSP, en correspondencia con el 47 LPACAP, constituyen actos nulos de pleno derecho, respecto de los cuales no cabe convalidación alguna”.

El citado Informe alcanza la conclusión de su necesaria revisión de oficio con la siguiente argumentación, para poder abonar al contratista la prestación efectivamente cumplida:

“De acuerdo con el artículo 42 LCSP la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, 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. Es decir, la declaración de nulidad no exime de la obligación de abonar las prestaciones efectuadas, en aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

A la vista de todo ello, es necesario iniciar la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio que declare la nulidad para poder reconocer la deuda fuera de la vía judicial”.

2.- Por la Secretaría se emite informe de fecha 28 de octubre de 2022.

3.- Por el Concejal de Urbanismo se hace propuesta el 28 de septiembre de 2022, para revisar de oficio por ausencia total de procedimiento de contratación.

4.- Mediante Resolución de la Alcaldía N.º 970/2022, de 28 de septiembre, se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio de los actos que a continuación se detallaban (remitiéndose a enumerar no propiamente actos administrativos, sino las facturas pendientes de pago), por considerar que se encontraban incursos en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por ser dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, toda vez que no se ha tramitado expediente de contratación que legitime la ejecución de las mismas. De esta manera, los "actos" sometidos a revisión de oficio fueron los siguientes:

- FACTURA 2022-692:

PROVEEDOR: (...)

NIF/CIF: (...)

FECHA DE EXPEDICIÓN: 16/03/2022.

IMPORTE TOTAL: 27.777,92 € con IGIC incluido.

CONCEPTO: FACTURA Nº1 AMPLIACIÓN DEL CEMENTERIO DE SAN URBANO, BLOQUE 1, CONSTRUCCIÓN DE 18 NICHOS.

- FACTURA 2022-1964:

PROVEEDOR: (...)

NIF/CIF: (...)

FECHA DE EXPEDICIÓN: 18/07/2022.

IMPORTE TOTAL: 27.777,92 € con IGIC incluido.

CONCEPTO: FACTURA Nº2 AMPLIACIÓN DEL CEMENTERIO DE SAN URBANO, BLOQUE 2, CONSTRUCCIÓN DE 18 NICHOS.

5.- Se confirió el 18 de octubre de 2022 trámite de audiencia al interesado, sin que, como ya indicamos más arriba, se hayan formulado alegaciones.

6.- Se formula Propuesta de Resolución n.º 1356/2022, de 13 de diciembre, de la Alcaldía por la que se declara la nulidad de la contratación y se ordena el abono íntegro de las facturas al contratista con el correspondiente IGIC.

III

1. La Propuesta de Resolución, como se ha señalado anteriormente, declara, por un lado, la nulidad de la contratación de las obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloque 1 y 2, factura 2022-692 y factura 2022-1964, adjudicadas a (...), por ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido incurriendo en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP y, por otro, procede a ordenar el abono de las facturas por importe cada una de ellas de 27.777,92 con IGIC incluido, sin detracción de beneficio industrial.

2. Pues bien, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, procede realizar las siguientes consideraciones sobre el procedimiento seguido.

De entrada procede recordar, una vez más, que este Consejo Consultivo siguiendo constante y abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ello solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (por todos, Dictamen de este Consejo 467/2021, de 7 de octubre, que reitera el pronunciamiento de este Organismo en el mismo sentido).

3. Se ha de señalar que en los casos de contratación irregular, esto es, supuestos en los que un contratista ha procedido efectiva y materialmente a ejecutar una obra o a prestar un servicio o suministro en favor de la Administración, pero con incumplimiento de las normas presupuestarias (contrataciones sin crédito presupuestarios) y/o de contratación aplicables (existe crédito pero no cobertura contractual, bien por haber expirado el plazo de duración y sus prórrogas, bien por haber contratado fuera de los casos permitidos por el ordenamiento y prescindiendo

de toda formalidad procedimental, esto es, sin tramitar el correspondiente expediente de licitación destinado a la preparación, adjudicación y formalización del contrato de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública, o, en general, por haber sido celebrado concurriendo alguna causa de nulidad de pleno derecho), diversas han sido las soluciones dadas por los Órganos consultivos respecto al procedimiento al que acudir para evitar el enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa de la Administración Pública.

El Pleno de este Consejo Consultivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre supuestos similares, entre otros en los Dictámenes 80/2020, 81/2020 y 82/2020, todos ellos de 3 de marzo, 222/2020, 223/2020, ambos de 5 de junio o 323/2020, de 30 de julio.

Señalábamos en el primero de ellos que: *“El Consejo de Estado ha validado en ocasiones la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre), y en otras la de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 363/2000, 3617/2000, 1842/2007, 276/2008, 976/2008, 841/2010). En esta última línea, en su más reciente Dictamen 843/2017 el Consejo de Estado afirma: « (...) entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen n.º 1.019/95, “a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro (...) (y concluye): 1º. Que no procede la revisión de oficio a que se refiere el expediente. 2º. Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a (...), con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento».*

Tampoco es unánime al respecto la doctrina de los Consejos Consultivos autonómicos, aceptando unos la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o los Dictámenes 46/2008 o 40/2011 de La Rioja; o el Dictamen 233/2016 de Castilla-La Mancha), o considerándola otros inidónea (Dictámenes 93/2012, de 3 de octubre; 109 y 110 de 2012, 57/2014, 62 y 64/2017, 23 y 37/2018, y 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares); o validando fórmulas alternativas (así, Dictámenes 178/2009, de 11 de junio y 191/2015, de 18 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña)”.

Tal disparidad de criterios ha llevado incluso al Consejo de Estado a constituir una ponencia especial para abordar esta cuestión, que se ha tratado en los Dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022, en la que se viene a señalar la necesidad de analizar las circunstancias de cada caso para llegar a la conclusión adecuada señalando que la utilización de esta vía exige *“un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto -el de la revisión de oficio- que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos. En consecuencia, la aplicación de esta primera posibilidad debe hacerse con toda cautela y evitando distorsionar sus perfiles propios y característicos”*.

4. Hasta ahora, este Consejo Consultivo venía emitiendo dictamen sobre estos expedientes de revisión de oficio por aplicación de los dispuesto en el apartado primero del art. 41 LCSP que remite al capítulo I del título V LPACAP relativo a la revisión de oficio (art. 106 LPACAP, al que remite íntegramente el mencionado artículo de la LCSP) pero sólo cuando existiera oposición del contratista, por entender aplicable a dichos supuestos el art. 191.3 LCSP.

No obstante, el análisis conjunto de la normativa vigente así como de la doctrina y jurisprudencia existente sobre supuestos similares al que nos ocupa, nos lleva a considerar que la emisión de dictamen por este Organismo es preceptiva independientemente de la existencia o no de oposición del contratista.

En efecto, el art. 41 LCSP remite al capítulo I del Título V LPACAP, en el que se encuentra el artículo 106 relativo a la revisión de disposiciones y actos nulos, precepto que exige siempre el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Esto es, la propia norma especial de contratación se remite a la norma de procedimiento administrativo común, relativa a los *actos administrativos*, y no a los negocios jurídicos bilaterales. Ello justifica la remisión a este procedimiento en caso de que pretenda declararse la nulidad de aquellos actos, en tanto que tienen la condición de actos administrativos.

La remisión, además, se efectúa *in toto* y sin establecer especialidad alguna en atención a que constituyen actos que se incardinan en un procedimiento de contratación. Ha de tramitarse, pues, siguiendo el específico procedimiento previsto en la LPACAP en el que se incluye el informe preceptivo y obstativo del Organismo Consultivo (art. 106.1) y su intervención no se hace depender de la oposición del contratista, como tampoco en ningún otro supuesto de nulidad de los actos

administrativos se vincula la emisión del dictamen a la oposición de la persona afectada por el acto objeto de revisión (por ejemplo, declaración de nulidad de una licencia urbanística). La LCSP no ha introducido, por tanto, ninguna especialidad cuando de los actos que ahora nos conciernen se trata.

Pero es que, además, en estos casos de ausencia de las normas de preparación y adjudicación del contrato, el vicio afecta a principios elementales de la contratación como la libre concurrencia, la publicidad y la transparencia, por lo que la garantía institucional del dictamen del Consejo Consultivo, establecida en favor del interés público y de todos los ciudadanos, y en particular de todos los interesados en la contratación, no puede depender de la voluntad del contratista.

Por el contrario, el art. 191 LCSP se ubica sistemáticamente en la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del libro II (de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos), lo que lleva a considerar que cuando este artículo se refiere a la prerrogativa de la Administración de interpretar, declarar la nulidad o la resolución del contrato, se entiende que es de un contrato que ha seguido todo el trámite procedimental precontractual a que se refieren las dos primeras secciones del capítulo I del Título I del libro II (relativas a la preparación y adjudicación de los contratos).

Así las cosas, ha de concluirse que, en los casos en los que se produce ausencia total de procedimiento o no se sigue el procedimiento legalmente establecido se debe entender que estamos ante vicios del orden público jurídico, lo que justifica de por sí que se exija el dictamen del órgano consultivo con carácter preceptivo, pues es una garantía establecida con carácter básico por el ya mencionado art. 106 LPACAP para los supuestos de revisión de oficio, precepto a los que se remite el art. 41 LCSP también básica.

Todo ello determina la preceptividad del dictamen de este Organismo consultivo debiendo ser favorable a la nulidad pretendida para que pueda declararse la misma.

5. Por lo que se refiere al fondo de la cuestión, en el supuesto sometido a nuestra consideración la Administración señala la falta de fiscalización previa, así como ausencia absoluta de trámites para llevar a cabo la contratación como causa de nulidad. Aunque pudiera parecer que se solicita la nulidad de las facturas, resulta no sólo que no se trata de acto alguno de la Administración sino que se desprende de modo claro que lo que se pretende es la nulidad de la contratación, en este supuesto, verbal. Y en efecto, en el presente caso, no consta acuerdo formal alguno para la contratación, sino la ejecución contractual por la presentación de las facturas

por una obra que la Administración confirma como realizada, dándose una omisión absoluta de todo trámite.

Por tanto, la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, sin que la infracción del ordenamiento jurídico pueda ser imputable al tercero que ha realizado la prestación. Asimismo, no resultan aplicables aquí los límites a la revisión de oficio consagrados en el art. 110 LPACAP.

6. Respecto al abono de las facturas, la Propuesta de Resolución, correctamente, procede a ordenar el abono del importe de las facturas correspondientes y el IGIC.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), « (...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

Se ha señalado por parte de algunos Órganos Consultivos que es necesario desincentivar este tipo de actividades, cuando se aprecia concurrencia de culpa del contratista junto a la de la Administración (cuestión ésta que debe ser apreciada caso a caso), estableciendo que solo se debe restituir el coste efectivo del suministro o servicio, y no su precio de mercado, excluyendo el beneficio industrial u otros componentes retributivos propios de la contratación válidamente celebrada (Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 2/1995, de 12 de enero y 244/2020,

de 30 de abril; DCC Aragón 5/2020, de 28 de enero; DCC Baleares 38/2013, Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid 513/17, Dictamen Consejo Jurídico de la Región de Murcia 257/14, Dictamen 706/2021, de 27 de enero de 2022, del Consejo de Estado, entre otros muchos). En el mismo sentido, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Intervención General y la Directora de la Abogacía de Las Islas Baleares.

Este Consejo Consultivo ha venido sosteniendo (por ejemplo DCC 267/2022, de 30 de junio), que, en los casos de buena fe del contratista que hemos de presumir en este caso (art. 434 del código civil), procede restituir el valor total de la prestación sin detraer el beneficio industrial:

“Por tanto, hemos de partir de la base de que, aunque se declare la nulidad de pleno derecho de la contratación verbal (con la consecuencia de que deba procederse a la liquidación de tal «contrato»), la realidad es que estamos ante la continuación de los servicios que se vinieron prestando hasta la finalización del contrato originario y válido y más que una verdadera contratación realizada verbalmente (pues no consta tal encargo o encomienda de carácter verbal), nos encontramos ante una prórroga carente de título administrativo, impuesta por la propia realidad y la dinámica de los hechos que implica precarizar lo que hasta ese momento se venía ejecutando -de uno u otro modo- por la empresa contratista.

Igualmente, se ha de tener en cuenta que, declarada la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación «verbal», debe estarse a lo dispuesto por el art. 42.1 LCSP, que señala lo siguiente:

«La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, 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».

Por lo que no puede compartirse, en esta concreta cuestión, los razonamientos expuestos en la Propuesta de Resolución, por cuanto no es lógico que durante la vigencia del contrato originario se hayan venido pagando unas cantidades mensuales con normalidad y, a partir de su finalización, como consecuencia de que el servicio se continuó prestando «en precario», bajo una supuesta contratación verbal, y a raíz de la declaración de nulidad de ésta, deba verse disminuida la cantidad mensual a percibir. Ello sería tanto como privilegiar la actuación ilegal de la Administración, a la que le saldría más rentable -en términos económicos- actuar al margen de la ley y

luego declarar la nulidad de su actuación; lo cual, evidentemente, contraviene los más elementales principios del Estado de Derecho.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 29 de octubre de 2019 al razonar lo siguiente:

«PRIMERO.- La deuda reclamada tiene su origen en un contrato de suministro en el que, a su finalización, la administración pidió que se continuara con el mismo hasta la adjudicación del nuevo contrato. La administración ha admitido la necesidad de la prórroga en aras al servicio al interés público, y la existencia de facturas sin abonar. Discrepa solo en el importe debido que, estima es de 41.197,55, al excluir el beneficio industrial. Estima la administración que se han producido contratos menores, todos nulos por haberse prescindido por completo de procedimiento (art. 62.1.e) Ley 30/1992). Y es que los hechos son “obra de las dos partes contratantes”. Por ello, no está conforme con el beneficio industrial.

Como decimos, la administración sostiene que no ha lugar al beneficio industrial pues nos hallamos ante un contrato nulo, sin tramitación administrativa ni disponibilidad presupuestaria.

SEGUNDO.- No hay duda alguna de que el fundamento para la estimación del recurso se halla en la doctrina del enriquecimiento injusto. Declara el Tribunal Supremo: “CUARTO.- En la STS de 21 de marzo de 1991 se afirma 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. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara.

Y recordábamos en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

O en términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 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.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990). (STS 28/4/2008 citada en la STS de 14 de octubre de 2015).

TERCERO.- Conforme a la doctrina expuesta, no hay duda de que el beneficio industrial no debe excluirse, pues sea como indemnización, o como pago del precio del contrato, el contratista no quedaría indemne si se le privara del citado concepto.

Es lógico esperar del empresario que lleva a cabo una obra, que exija, y obtenga, un lícito beneficio (en una economía de mercado cual la nuestra). Lo contrario supondría admitir el absurdo de que un particular, empresario o no, trabaje para la administración sin obtener beneficio alguno. No se repararía así íntegramente el perjuicio ocasionado al contratista. Y téngase en cuenta que si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la administración.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio 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 importe total de las facturas en concepto de restitución del valor de la prestación, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato original.”

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la previsión que ordena pagar las facturas sin excluir específicamente el beneficio industrial y en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP) es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que se somete a dictamen es conforme a Derecho en cuanto a la declaración de nulidad de la contratación de las obras de ampliación del Cementerio San Urbano, Bloque 1 y 2, ejecutadas por (...), así como en cuanto a la liquidación de los trabajos efectivamente realizados.