

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA IRREGULAR EN LOS
MUNICIPIOS ESPAÑOLES. LA REVISIÓN DE
OFICIO DE LOS ACTOS DE ADJUDICACIÓN DE
LOS CONTRATOS NULOS

LEGAL PROBLEMS ARISING FROM IRREGULAR PUBLIC
PROCUREMENT IN SPANISH MUNICIPALITIES. THE EX
OFFICIO REVIEW OF THE ACTS OF ADJUDICATION OF THE
NULL CONTRACTS

*Premio de Artículos Jurídicos «García Goyena»
XVIII Edición
Primer accésit*

ESTEFANÍA PÉREZ LÓPEZ

Resumen: En este estudio se aborda la problemática derivada de la contratación irregular realizada por los municipios españoles. En concreto, se analiza el cauce a seguir para abonar las facturas presentadas por los proveedores de las prestaciones que la Administración ha obtenido de modo incorrecto, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento debido y con ausencia de crédito para la atención de las obligaciones contraídas. La proscripción del enriquecimiento injusto de la Administración obliga a esta a abonar las obras, servicios o suministros recibidos pero no podrá hacerlo más que acudiendo a la vía de la revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos indebidamente adjudicados. Igualmente, se realiza un estudio de los importes que deberán ser efectivamente abonados en concepto de liquidación del contrato poniendo especial interés en la posibilidad de impago del denominado beneficio industrial del contratista.

Palabra clave: Contratación irregular, actos administrativos, reconocimiento extrajudicial de créditos, revisión de oficio, enriquecimiento injusto.

Abstract: This paper refers the problems arising from irregular contracting by Spanish municipalities. Specifically, the channel to be followed is analyzed to pay the invoices presented by the providers of benefits that the Administration has obtained in an irregular manner, dispensing with an absolute form of the due procedure and with absence of credit for the attention of the contracted obligations. The prohibition of the unjust enrichment of the Administration obliges the Administration to pay the compensation received, but it can only do so by resorting to the way of the ex officio review of the award acts of the contracts improperly awarded. A study refers the amounts that must be effectively paid for the liquidation of the contracts with special interest in the possibility of payment of the industrial benefit.

Keywords: Illegal procurement, administrative acts, extrajudicial recognition of credit, ex officio review, unjust enrichment.

SUMARIO: 1. Introducción. Las irregularidades e imprevisiones en la contratación pública municipal española. 2. Del reconocimiento extrajudicial de créditos a la revisión de oficio de los contratos nulos. 3. Sobre la determinación del acto administrativo objeto de revisión de oficio. 4. Sobre el régimen transitorio aplicable al procedimiento de revisión de oficio según la LCSP 2017 y las causas de nulidad procedentes. 5. Sobre el procedimiento administrativo de revisión de oficio de los actos de adjudicación de contratos nulos. La intervención del Consejo de Estado o de los órganos consultivos autonómicos. 6. Sobre el órgano municipal competente para tramitar los procedimientos de revisión de oficio en materia de contratos. 7. Consecuencias económicas de la declaración de nulidad del contrato. 8. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN. LAS IRREGULARIDADES E IMPREVISIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL ESPAÑOLA.

El procedimiento de adjudicación de los contratos públicos está, y ha estado siempre, debidamente regulado en las distintas normativas de aplicación. Sin embargo, no debemos desconocer que, en no pocas ocasiones, los contratos administrativos se han celebrado de

modo irregular, incumpliendo puntualmente cuestiones de carácter sustantivo o formal o, incluso, de forma completamente ajena a aquella legalmente prevista.

VALERO ESCRIBANO¹ ha clasificado las principales irregularidades que se producen en materia de contratación pública en cinco grupos: a) Ausencia de contrato escrito o contratación verbal. b) Fraccionamiento irregular del objeto del contrato. c) Modificaciones no tramitadas (modificados emergentes). d) Ausencia de crédito adecuado y/o suficiente. e) Procedimiento de licitación incorrecto.

De todas ellas, interesa a este trabajo el estudio de aquellas irregularidades que suponen la obtención por parte de la Administración de una prestación —bien sea obra, servicio o suministro— absolutamente al margen de la normativa en materia de contratos aplicable. Se trata de actuaciones de hecho que llevan aparejada, además, la existencia de un gasto para cuya atención no existe, como consecuencia lógica de la ausencia de procedimiento, el crédito oportuno. A pesar de ello, siempre se produce la aparición de las facturas presentadas por aquellos proveedores que ejecutaron las prestaciones irregularmente solicitadas por la Administración.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en su Dictamen N.º 276/2018, de 27 de diciembre, recuerda que ha señalado en algunas ocasiones que “con carácter general, este tipo de actos de contenido obligacional que se presumen irregulares pueden ser catalogados de dos formas distintas, bien como una prórroga (ilegal) de un contrato anterior extinguido, bien como un contrato menor nuevo aparentemente desvinculado de otro anterior del que, sin embargo, constituye una réplica, en la medida en que sus características esenciales (prestaciones, precio, condiciones, etc.) se enuncian por referencia a él”. A ello debe añadirse que puede tratarse también, obviamente, de contratos realmente nuevos, desvinculados de cualquier otro anterior, pero para cuya adjudicación no se haya seguido más vía que la de hecho.

En un gran número de ocasiones, el recurso a tales contrataciones irregulares parte de la necesidad perentoria de obtener una prestación en un momento determinado y de la imprevisión del tiempo que hubiera sido necesario para licitar su adjudicación de un modo adecuado. Tales actitudes responden, con frecuencia, a una mani-

¹ VALERO ESCRIBANO, J.I. “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”. *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII. Madrid, mayo de 2015, Tribunal de Cuentas, pág. 152.

fiesta falta de planificación y a una sistemática ausencia de orden y rigor en las actuaciones de contratación.

La racionalización y la ordenación de la contratación de las Administraciones Públicas constituye, sin lugar a dudas, una de las preocupaciones actuales de nuestro ordenamiento jurídico. La nueva 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 (en adelante, LCSP 2017), da muestra de su interés en ello e introduce distintos elementos de cara a solucionar los actuales problemas jurídicos detectados en la gestión de la contratación pública.

De esta forma, establece, en su artículo 28.4, la necesidad de que el sector público programe la actividad de contratación pública que desarrollará en un ejercicio presupuestario o período plurianual dando a conocer su plan de contratación anticipadamente. La elaboración de estos planes de contratación permitirá, presumiblemente, racionalizar la contratación administrativa y evitar la existencia de contrataciones irregulares por falta de previsión.

Del mismo modo, el artículo 29.4, *in fine*, de la misma norma, también prevé la posibilidad, en determinadas circunstancias, de una prórroga forzosa de los contratos de pronto vencimiento cuando aún no hubiera sido posible adjudicar el nuevo contrato que hubiera de sustituirlo en la cobertura de la prestación afectada, con el objetivo, todo ello, de garantizar la continuidad de aquella.

La mera previsión legal de las medidas señaladas no puede más que llevarnos a concluir la inevitable existencia, en la práctica real, de procedimientos de adjudicación irregulares, generadores de gastos imprevistos, que deben ser eliminados de la actuación pública. Estas irregularidades se detectan en todas las administraciones territoriales, incluida, por tanto, la administración local.

En este sentido, el 24 de abril de 2018, la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas aprobó reclamar al Gobierno que “se implanten procedimientos de gestión que garanticen el inicio de la tramitación de los expedientes de contratación con el tiempo suficiente para evitar la ejecución de gastos sin cobertura contractual por expiración de contratos previos”. La solicitud se formula en el marco de un grupo de peticiones dirigidas a que los Ayuntamientos y demás entes locales refuercen con más medios personales, materiales y con mecanismos y protocolos concretos sus órganos de control interno.

Aunque el principal objetivo debe ser la desaparición de cualquier procedimiento de contratación indebido, no es posible obviar la inevitable existencia de los mismos y la necesidad de gestionar, de algún modo, la forma de abonar a los contratistas las prestaciones irregularmente contratadas pero efectivamente realizadas.

Es doctrina unánimemente compartida la proscripción del enriquecimiento injusto de la Administración, de forma que se hace necesario compensar al acreedor de aquella por las prestaciones ejecutadas, sin obligarle a ejercitar sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, es precisamente el problema jurídico derivado de la forma de afrontar tal cuestión en los municipios españoles el que ocupará este trabajo. Así, se tratará de determinar la naturaleza jurídica del procedimiento a seguir y los conceptos que, en su caso, se deban abonar al adjudicatario de un contrato irregular.

2. DEL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS A LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS CONTRATOS NULOS.

La premisa inexcusable sobre la que debe descansar toda la cuestión planteada es la incontrovertida nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados de plano. Esta nulidad se produce por la ausencia total del procedimiento debido, tal y como dispone el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), siendo evidente la omisión de la aplicación de la legislación en materia de contratos.

Además, también es una causa de nulidad, en la mayoría de las ocasiones derivada de la anterior, la carencia o insuficiencia de crédito para atender las obligaciones resultantes, conforme señala el artículo 39.2.b) de la LCSP 2017.

Sobre el modo de abonar el importe de las obras, servicios o suministros correspondientes a contratos celebrados por la Administración pública que pudieran resultar nulos, se han pronunciado ya múltiples órganos entre los que podemos destacar al Consejo de Estado. Su Dictamen N.º 1724/2011, de 21 de diciembre, constituye, en realidad, el punto de inflexión sobre la cuestión planteada. De este modo, señala que:

“Pues bien, por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1 en la legislación de contratos hubiese

utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. /Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato./ Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias —la compensación— que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad./ Ello no obstante, 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 (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) 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”.

Mucho antes en el tiempo, se había pronunciado ya el Consejo Consultivo de Andalucía que, en su Dictamen N.º 270/2002, de 23 de octubre, indicaba que:

“Tanto la vía del enriquecimiento injusto, como la de la responsabilidad patrimonial de la Administración han sido descartadas por el Consejo Consultivo en estos casos, dado que se considera que el ordenamiento jurídico-administrativo ha arbitrado una vía específica regulada en el artículo 47 del Reglamento General de Contratación y hoy refrendada ya a nivel legal por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En efecto, el artículo 66.1 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas y, posteriormente, el artículo 65.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, disponen que: ‘La declaración de nulidad de los actos prepa-

ratorios 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'. Se trata, en suma, de una especie de acción restitutoria, no muy distinta de la contemplada en los artículos 1.303 y siguientes del Código Civil y que, por contra, sí es bien diferente de la acción de responsabilidad patrimonial en su concepción y en sus efectos prácticos”.

Sin embargo, en el ámbito municipal, la existencia de la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos ha propiciado la deriva por otra vía del abono de las facturas correspondientes a contratos inválidamente celebrados.

El artículo 60.2 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 (en adelante RD 500/1990), dispone que “Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera”. Pues bien, a través de este reconocimiento extrajudicial de créditos han canalizado, habitualmente, los municipios españoles el abono de las facturas correspondientes a contratos públicos celebrados verbalmente —sin que mediara causa de emergencia—, *de facto* o de cualquier otro modo que hubiera supuesto un desconocimiento absoluto del procedimiento legalmente aplicable y para cuya atención presupuestaria, como vicio natural derivado del anterior, no existía la debida consignación.

Sin embargo, en los últimos años, la doctrina con más predicamento en el ámbito local ha venido ya apuntando la necesidad de suprimir este uso abusivo del reconocimiento extrajudicial de créditos cuando la naturaleza jurídica del problema subyacente es otra bien distinta: la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados.

Así, MOREO MARROIG² ha señalado que con el uso del reconocimiento extrajudicial de créditos “se abre un paraguas jurídico bajo el cual se produce una especie de convalidación y aquellos actos que

² MOREO MARROIG, T. “Reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de fierabrás de la contratación irregular?”. *El blog de Epublico*. 27 de octubre de 2015. <http://www.administracionpublica.com/reconocimiento-extrajudicial-de-credito-el-articulo-60-2-del-decreto-5001990-de-20-de-abril-balsamo-de-fierabras-de-la-contratacion-irregular/#>

adolecen de vicio de nulidad plena comienzan a reverdecir y a surtir efectos, pues de ellos se derivarán obligaciones para la Hacienda Pública que se reconocerán a favor del contratista”. Añade que “así se actúa en la mayoría de ayuntamientos que abonan las facturas derivadas de la contratación ilegal sin necesidad de seguir otro procedimiento, a pesar de que en una norma con rango de ley, la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 32, 34 y 35, preceptúa el modo en que se debe proceder en estos casos cuando el contratista ejerza la reclamación ante la Administración pretendiendo el resarcimiento del empobrecimiento soportado, fuera de la vía judicial. El artículo 34, precepto de mero reenvío, determina que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación se efectuará conforme a lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992”. En similares términos se ha pronunciado VALERO ESCRIBANO³.

Efectivamente, aciertan los citados autores cuando ponen de manifiesto que la cuestión subyacente en el abono de tales facturas es la nulidad de los contratos administrativos indebidamente adjudicados y, por tanto, el único procedimiento legalmente admisible en tales casos es el de la revisión de oficio de aquellos y posterior abono, en su caso, de la liquidación que procediera.

Por su parte, el informe definitivo de fiscalización sobre reconocimiento extrajudicial de crédito de los Ayuntamientos de Gijón, Oviedo y Avilés aprobado por la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, en sesión de 12 de marzo de 2015, señala que:

“Si bien de la interpretación de los artículos 26.2.c) y 60.2 del Real Decreto 500/1990 puede desprenderse que, previo reconocimiento por parte del Pleno, pueden aplicarse al presupuesto vigente gastos realizados en ejercicios anteriores no se debe perder nunca de vista que se trata, en todo caso, de algo excepcional que se contempla para sanar situaciones puntuales irregulares y no como una posibilidad regulada para realizar sistemáticamente gastos sin la suficiente consignación presupuestaria o sin atender al procedimiento legalmente establecido”. Añade que “en materia de contratación, el artículo 28 del TRLCSP determina el carácter formalista de la contratación pública al establecer la prohibición de la contratación verbal, excepto que el contrato tenga carácter de emergencia (...). Por tanto, las contrataciones que se lleven a cabo fuera del marco legal establecido son nulas y, en consecuencia, no pueden ser efectivas ni se pueden abonar al contratista”. Añade que, cuando se produce cualquier causa de nulidad, “el vicio no puede subsanarse (...) siendo el procedimiento a seguir para regularizar la situación creada el previsto

³ VALERO ESCRIBANO, J.I. Obra citada, págs. 162 y siguientes.

en el artículo 102 de la LRJPAC, relativo a la revisión de oficio por la Administración de los actos nulos que pongan fin a la vía administrativa (...). Por tanto, la nulidad absoluta de la actuación administrativa tiene como consecuencia la imposibilidad de que se deriven obligaciones contractuales, lo que no exime de la obligación de abonar las prestaciones efectuadas. Efectivamente, el expediente de enriquecimiento injusto o de reconocimiento extrajudicial de una deuda se presenta como un instrumento de gasto para hacer efectiva la liquidación prevista en el apartado 1 del artículo 35 del TRLCSP⁴, que trae causa en la resolución de un expediente de revisión de oficio y su finalidad es evitar el enriquecimiento injusto de la Administración”.

La Cámara de Cuentas de Aragón, en el informe de fiscalización de la cuenta general de la Diputación Provincial de Zaragoza, correspondiente al ejercicio 2015, también insta a aquella a usar de modo adecuado la figura del reconocimiento extrajudicial de crédito, señalando que “en los casos de actos nulos de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 (...) la entidad recurrirá al procedimiento de revisión de actos nulos del artículo 106 de dicha Ley”.

Doctrina como la citada ha permitido que empezara a calar en el sector municipal la necesidad de proceder a la revisión de oficio de los contratos que pudieran ser nulos de pleno derecho, proscribiendo así la posibilidad del abono de las facturas derivadas de aquellos a través de la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos.

Esta postura esta siendo, también, avalada por distintos pronunciamientos judiciales. De este modo, resulta interesante el estudio de la Sentencia N.º 148/2017, de 12 de junio de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo, en la que se plantea la adecuación a derecho del acuerdo adoptado por el pleno del Ayuntamiento de Aviles reconociendo extrajudicialmente el abono de determinadas facturas correspondientes a contratos de servicios y suministros concertados sin procedimiento de contratación y sin crédito adecuado y suficiente. Así, frente a la postura municipal que defiende el acceso directo al reconocimiento extrajudicial de créditos, la sentencia, con cita del Dictamen del Consejo de Estado antes señalado, indica que “no hay duda de que los gastos no pueden ser imputados directamente al presupuesto municipal vigente por haberse realizado sin dotación presupuestaria o insuficiente y/o prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente

⁴ Vid. VALERO ESCRIBANO, J. I. Obra citada. En la página 166, el autor hace referencia a cómo esta misma expresión o definición del reconocimiento extrajudicial de créditos es empleada por la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Abogacía General de Illes Balears.

establecido./ Sin embargo, una vez conocida la falta de dotación presupuestaria (...) ha habido por parte del Ayuntamiento un desprecio absoluto por la aplicación de las normas de la contratación administrativa”. En fin, la sentencia, una vez alcanzada la conclusión de que las facturas emitidas correspondían a contratos de servicios o suministros nulos por carecer de crédito o por prescindir total y absolutamente del procedimiento de contratación, concluye que “el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera”.

Así las cosas, resulta evidente la imposibilidad de acudir de forma directa al reconocimiento extrajudicial de créditos de facturas que pudieran corresponder a contratos nulos. En tales casos, será requisito necesario para el abono de los trabajos realizados, evitando así el enriquecimiento injusto de la Administración, proceder a la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos.

No obstante, alcanzada la anterior conclusión, la administración municipal vuelve a encontrarse con un nuevo precepto que contribuye a generar más conflicto en la gestión jurídica de tales situaciones. El Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, (en adelante, Real Decreto 424/2017) dispone, en su artículo 28.2, que “Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que (...) pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan. (...) Este informe (...) pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos: (...) e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumi-

ble que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”.

Sobre el contenido de lo dispuesto en el subapartado e) del apartado 2 del artículo 28 del Real Decreto 424/2017 cabe hacer múltiples consideraciones. En primer lugar, aquel deja en manos del Interventor Municipal la apreciación de la “Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento”. Pues bien, cuando un acto resulta nulo de pleno derecho no es posible, atendiendo a lo dispuesto en la LCSP 2017 y en la LPACAP ponderar si su revisión de oficio es procedente o conveniente sino que aquella resulta preceptiva y procederá, en todo caso, por haberlo establecido así una disposición con rango legal.

Resulta, por ello, difícil asumir que una disposición de rango reglamentario pueda atribuir tales facultades de ponderación y juicio al Interventor Municipal, lo que, a la postre, supondría facultar a aquel para desconocer el contenido del superior ordenamiento jurídico. Es más, en un afán de orientar la conducta de la Intervención Municipal, concluye el Real Decreto 424/2017 que la revisión de oficio solo será “pertinente” cuando sea presumible que el importe de las indemnizaciones “será inferior al que se propone”. Es decir, no procederá la revisión de oficio cuando el importe previsible de la indemnización coincida fielmente con el importe de la factura presentada, no determinando, además, cuando se entiende “pertinente” que se de tal circunstancia.

A juicio de quien suscribe, la regulación realizada por la norma señalada conculca, por lo expuesto, lo preceptuado por otras disposiciones de rango superior. Aceptar su contenido es complejo después de haber asistido a pronunciamientos como la citada Sentencia N.º 148/2017, de 12 de junio de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo, que califica de “desprecio absoluto por la aplicación de las normas de la contratación administrativa” la conducta del Ayuntamiento de Avilés al haber acudido, como se señaló, a la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos en lugar de a la figura de la revisión de oficio de actos nulos.

Y todo ello lo hace el Real Decreto 474/2017 “por razones de economía procesal”. Más allá de que tal vez hubiera sido conveniente referirse a “economía procedimental” y no a “economía procesal”, no cabe duda de la complejidad que la revisión de oficio supone para las Corporaciones Locales. La tramitación de los procedimientos de revisión, obviamente, detrae los escasos medios humanos y materiales con que cuentan los Ayuntamientos —siquiera sea los de

menor tamaño— de la tramitación de procedimientos de contratación cuya sustanciación, sin duda, pondría fin situaciones que, en ocasiones, son la causa de la nulidad de los contratos inválidamente celebrados (contratos indebidamente prorrogados, contratos menores que tratan de cubrir temporalmente servicios o suministros cuyos contratos originarios han finalizado sin que se hubiera completado una nueva licitación...). Sin embargo, la complejidad de los procedimientos o la insuficiencia de medios no puede ser nunca un obstáculo para el cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico puesto que es, precisamente, este quien ordena la revisión de oficio de los contratos nulos con independencia de cualesquiera otras circunstancias.

En este sentido, deben ponerse en valor las ya citadas recomendaciones realizadas, el 24 de abril de 2018, por la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en orden a conseguir más medios para la realización de las tramitaciones legales oportunas en las Corporaciones Locales y debe minusvalorarse la adopción de preceptos reglamentarios como el comentado que no proporcionan más que atajos irregulares para la solución de los problemas detectados.

Además, debe advertirse que, en todo caso, la previsión legal de tramitación de determinados procedimientos administrativos no constituye, como insinúa el Real Decreto 474/2017, un obstáculo o un retraso en el tiempo de resolución de los expedientes contrario a la “economía procesal” sino una garantía de la adecuación de la actuación de la Administración a la legalidad vigente.

Por todo ello, resulta complejo que a través de un Real Decreto y con la sola finalidad de garantizar la ya citada “economía procesal” pueda obviarse la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio cuando aquel proceda legalmente.

Por último, debe añadirse que, al objeto de articular su contenido, el precepto reglamentario cuestionado dispone que, si la revisión de oficio llegara a realizarse, “se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo”. La inclusión de este párrafo, supone desconocer la doctrina del Consejo de Estado que, entre otros, en su citado Dictamen N.º 1724/2011, de 21 de diciembre, refiere el resarcimiento debido en estos casos a la responsabilidad contractual de

la Administración y no a su responsabilidad patrimonial. En los mismos términos se pronuncia el Consejo Consultivo de Andalucía que, en el también señalado Dictamen N.º 270/2002, de 23 de octubre, manifiesta que “Tanto la vía del enriquecimiento injusto, como la de la responsabilidad patrimonial de la Administración han sido descartadas por el Consejo Consultivo en estos casos, dado que se considera que el ordenamiento jurídico-administrativo ha arbitrado una vía específica⁵”.

3. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DE REVISIÓN DE OFICIO.

La detección de la mayoría de las situaciones de contratación irregular en el ámbito municipal se produce en el ejercicio de la función interventora. En numerosas ocasiones, la localización de gastos correspondientes a contratos no ajustados a derecho se realiza en el curso de un procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos, cuando se incorporan a tal expediente facturas de ejercicios anteriores sin consignación presupuestaria.

Por todo lo anteriormente señalado, resulta necesario separar de forma adecuada los procedimientos de reconocimiento extrajudicial de créditos de los procedimientos de revisión de oficio de cada uno de los actos administrativos de los que derivan los contratos realizados que podrían resultar nulos.

Sobre tal diferenciación, conviene traer a colación el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias N.º 30/2016, de fecha 11 de febrero de 2016. Así, este señala que “las actuaciones ad-

⁵ A pesar de la conclusión alcanzada por quien suscribe, deben tenerse en cuenta otras opiniones, como la de ORQUÍN SERRANO, J.J., en “Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º 9, Wolters Kluwer, Madrid, septiembre de 2018, pág. 79. En la obra señalada, el citado autor manifiesta que “Observamos pues como, la reciente normativa dictada en el ámbito del control interno trata de una forma homogénea ambas dos instituciones (se refiere a la responsabilidad patrimonial y al enriquecimiento injusto), no siendo por tanto excluyentes una de la otra, con los efectos económicos que ello tiene a los efectos de la cuantificación de la indemnización”. Así, entiende que “En base a ello, la fórmula correcta de proceder sería cuantificar la indemnización desde una perspectiva integradora, entendiendo el enriquecimiento injusto como un supuesto de responsabilidad patrimonial (debiendo por tanto indemnizar no sólo la restitución del valor relativo al servicio u obra realizada sino también el de los daños y perjuicios que sean ciertos, tales como el beneficio industrial, por ejemplo), toda vez que esta interpretación ha sido recientemente avalada por el Real Decreto de control interno de las entidades del sector público local, en virtud de lo dispuesto en el precepto anteriormente transcrito”.

ministrativas cuya revisión se somete a consulta se iniciaron como consecuencia de un informe-propuesta del Interventor General en el que, tras analizar una serie de facturas que se le presentan a efectos de reconocimiento extrajudicial de créditos, dado que corresponden todas a compromisos de gastos que no fueron debidamente adquiridos, propone el modo concreto de proceder con ellas. (...) Respecto a las primeras, el Interventor General propone tramitar un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos con carácter previo al posible reconocimiento extrajudicial de los créditos (...). El informe que está en el origen del procedimiento tramitado toma como punto de partida las facturas presentadas, agrupándolas por contratista, contrato y cuantía (...). A partir de ese informe conjunto y único se incorpora al procedimiento una propuesta también única del Concejal Delegado de Economía y Empleo y se adopta por la Junta de Gobierno Local un único acuerdo de iniciación de una pluralidad de procedimientos de revisión de oficio de contratos; acuerdo que afecta a las relaciones de cinco empresas con el Ayuntamiento y, en algún caso, a distintos contratos con una misma empresa”.

Señala el dictamen citado que la tramitación administrativa del expediente continúa de forma conjunta, si bien, con carácter previo al envío del expediente al órgano consultivo, aquel se desgaja en expedientes individualizados para cada acto integrados por reproducciones de los documentos comunes a todos ellos. Añade que “Nos encontramos, por tanto, ante un procedimiento iniciado y tramitado de modo atípico como un procedimiento troncal que acumula *de facto* procedimientos que, en rigor, debieron haberse iniciado individualmente”. Determina que “el procedimiento ha de finalizar mediante un acuerdo específico para cada uno de los actos y contratos objeto de estos procedimientos”.

Por lo expuesto, debe concluirse que no es posible tramitar de forma conjunta la revisión de oficio de los actos de los que traen cuenta las diversas facturas localizadas en un expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos y que es necesario tramitar de forma individualizada la revisión de cada acto administrativo afectado.

No obstante, cuando sea posible agrupar diversas actuaciones —por su identidad de sujeto, objeto o cualesquiera otras circunstancias—, parece que nada obsta a que la tramitación se realice de forma conjunta, atendiendo a criterios de racionalidad y eficiencia. Sin embargo, deberá garantizarse de forma individualizada, como mínimo, el derecho de audiencia de cada uno de los terceros afectados.

La tramitación conjunta por razones de eficiencia es admitida por el Consejo Consultivo de Aragón. Así, en su dictamen N.º 208/2018, de 24 de septiembre, en el que, ante la remisión de un expediente de revisión de oficio de “distintos servicios y suministros” pero con una “situación fáctica de actuaciones de contratación y facturación (...) idénticas”, considera “necesario, por motivos de eficacia y economía, que se emita un único dictamen, en el que se analicen conjuntamente los expedientes remitidos, sin perjuicio de hacer una relación de todas las actuaciones y los interesados concretos, y que el dictamen se notifique individualmente con cada uno de los expedientes”.

Determinada la necesidad de la tramitación individualizada de cada procedimiento de revisión de oficio, resulta indispensable precisar cuál ha de ser el concreto acto administrativo susceptible de revisión.

El Dictamen N.º 9/2016, de 14 de enero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, pone de manifiesto la necesidad de identificar con claridad el acto administrativo que se revisa. Así lo ha señalado también el Consejo de Estado, en su Dictamen N.º 386/2016, de 23 de junio, en el que manifiesta que “El expediente de revisión de oficio (...) ha sido correctamente instruido, al identificar el acto cuya nulidad se pretende, es decir, el acto de adjudicación del contrato de obras”, recordando que “es doctrina consolidada de este Consejo de Estado que lo que procede no es la declaración de nulidad del contrato, sino la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como expresan los dictámenes números 3.412/99, de 9 de marzo de 2000 y 1.914/2010, de 28 de octubre, entre muchos otros”.

Según el artículo 42.1 de la LCSP 2017, “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”. Sobre este aspecto se ha pronunciado el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en su dictamen N.º 29/2018, de 22 de febrero, en el que señala que “declarada, si hubiere lugar a ello, la nulidad de la contratación revisada sus efectos alcanzarán al conjunto de la actividad, cualquiera que haya sido su duración efectiva”.

Siendo así, queda claro que, en los casos de adjudicaciones irregulares o *de facto* el acto administrativo susceptible de revisión de oficio lo será el acto de adjudicación del contrato, deviniendo nulo, en consecuencia, todo el contrato adjudicado.

4. SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO SEGÚN LA LCSP 2017 Y LAS CAUSAS DE NULIDAD PROCEDENTES.

La reciente entrada en vigor, el 9 de marzo de 2018, de la LCSP 2017 presupone que, al menos, una parte importante de los actos de adjudicación de contratos que deban ser revisados vigente la misma corresponderán a contratos adjudicados al amparo del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). Ello obliga a determinar si el régimen jurídico aplicable a la revisión de oficio ha de ser el previsto en la LCSP 2017 o el previsto en el TRLCSP 2011. El referido estudio debe hacerse, además, desde dos perspectivas diferentes: la relativa las causas de nulidad que afectan al contrato y la relativa al procedimiento formal que la revisión de oficio debe seguir.

Según la disposición transitoria primera de la LCSP 2017, “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. Si la adjudicación irregular se produjo con anterioridad al 9 de marzo de 2018, a tales contratos les será de aplicación el TRLCSP 2011.

Sin embargo, el apartado 4 de la citada disposición transitoria primera de la LCSP 2017 dispone que “Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo”. El tenor literal de este apartado 4 señala que las revisiones de oficio iniciadas conforme al TRLCSP 2011 se seguirán tramitando según este, lo cual, a *sensu contrario*, da a entender que las revisiones de oficio que aún no se hubieran iniciado deberán hacerlo conforme a lo dispuesto en la LCSP 2017, aunque correspondan a contratos que, en atención al apartado primero de la misma disposición deban regirse por el TRLCSP 2011.

El contenido de este apartado 4 resulta desconcertante en tanto las causas de nulidad de los contratos previstas en la LCSP 2017 no son totalmente coincidentes con las previstas en el TRLCSP 2011. La LCSP 2017 mantiene, en esencia, las causas de nulidad previstas en la anterior normativa e incorpora otras nuevas de forma expresa.

De este modo, el TRLCSP 2011 señala en su artículo 32 que son causas de nulidad de derecho administrativo de los contratos “a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre./ b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60./ c) La carencia o insuficiencia de crédito (...) salvo los supuestos de emergencia”.

Las referencias a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico y procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LRJPAC) deben entenderse necesariamente hechas a la LPACAP que, en su disposición derogatoria única, deroga la anterior. A tal efecto, su artículo 47.1 establece que “Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:/ a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional./ b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio./ c) Los que tengan un contenido imposible./ d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta./ e) Los 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./ f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición./ g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.

Por su lado, el artículo 39.1 de la LCSP 2017 preceptúa que “Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, antes transcritas, y añade, en su apartado 2, que “Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:/a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional (...); o la falta de clasificación, (...); o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71./ b) La carencia o insuficiencia de crédito (...) salvo los supuestos de emergencia./ c) La falta de publicación del anuncio de licitación (...)/ d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren (...) dos (...) re-

quisitos (...). e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación (...), sin respetar la suspensión automática del acto recurrido (...) o la medida cautelar de suspensión acordada (...)/ f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición (...)/ g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista (...).”

Así, en cuanto al fondo de la cuestión, se observa, por tanto, la existencia de diferencias entre las causas de nulidad previstas en el TRLCSP 2011 y en la LCSP 2017 siendo las previstas en esta última norma más amplias que las recogidas en la primera.

Sobre las diferencias habidas entre ambas regulaciones en cuanto a los procedimientos para la revisión de oficio, deben observarse las consideraciones realizadas al respecto por cada una de aquellas disposiciones.

Así, tanto el artículo 34 del TRLCSP 2011 como el artículo 41 de la LCSP 2017 remiten el procedimiento a lo previsto en la normativa de procedimiento administrativo común. La regulación sobre el órgano competente para la revisión de oficio de aquellos también se mantiene invariable. Sobre los efectos de la resolución, el artículo 35 del TRLCSP 2011 establece que “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”. En los mismos términos se expresa el artículo 42 de la LCSP 2017.

Por lo expuesto, puede concluirse que no hay diferencias sustanciales entre ambas normas en cuanto al procedimiento aplicable. Sin embargo, sí existen algunos cambios materiales en cuanto a las causas de nulidad de los contratos, recogiendo la LCSP 2017, como ya se señaló, más supuestos que su predecesora.

Por tanto, la concreción del régimen aplicable a los procedimientos de revisión de oficio iniciados tras la entrada en vigor de la LCSP 2017 sobre contratos adjudicados conforme al TRLCSP 2011

no es baladí y debe resolverse a efectos de garantizar la adecuación a derecho de las revisiones realizadas en tales circunstancias.

Llevando la vista atrás a efectos de estudiar cómo resolvieron las normativas anteriores el régimen transitorio de las revisiones de oficio, se observa que la disposición transitoria primera del TRLCSP 2011 dispuso que “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. (...) Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. Tal disposición no realizó mención alguna sobre los procedimientos de revisión de oficio. La misma fórmula utilizó la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP 2007). Tampoco se observa un régimen transitorio expreso para las revisiones de oficio en la disposición transitoria primera de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni en la disposición transitoria primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Por tanto, la LCSP 2017 se configura como la única norma, entre las citadas, que establece un régimen transitorio específico para las revisiones de oficio.

Sobre la legislación aplicable a la revisión de un oficio de un contrato celebrado el 21 de octubre de 2010, el Dictamen N.º 286/2012, de 17 de octubre de 2012, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, manifestó que “a tenor de lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. Es decir, se aplica la norma general o común consistente en entender aplicable el régimen de revisión de oficio contenido en la normativa que le es de aplicación al contrato concreto. Sin embargo, no es posible olvidar que en la normativa a la que se refería el dictamen señalado no existía ninguna disposición transitoria especial sobre el régimen de la revisión de oficio, la cual sí existe en la LCSP 2017. De esta forma, la nueva regulación de contratos hoy vigente parece introducir un régimen transitorio específico para los procedimientos de revisión de oficio, dando a entender que únicamente permite regirse por la normativa anterior a aquellos que ya hubieran sido iniciados antes de su entrada en vigor.

En el proyecto originario de la LCSP 2017, la disposición transitoria primera no establecía un régimen transitorio específico para las revisiones de oficio pero sí lo hacía para el régimen de los recursos. El actual régimen transitorio aparece por primera vez en la enmienda N.º 806 presentada por el Grupo Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, N.º 2-2, de 16 de marzo de 2017), en la que se señala que “Se propone la incorporación de un nuevo apartado cuarto a la disposición final del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (...) con la siguiente redacción: ‘4.º Los procedimientos de revisión de oficio de adjudicaciones previstos en esta Ley podrán ser utilizados desde la entrada en vigor de esta ley, aunque las adjudicaciones se hayan realizado con anterioridad.’” La motivación es la “Concreción de la aplicación de los procedimientos de revisión de oficio para procedimientos anteriores a la norma por razón de la nulidad de las mismas”.

Así redactada, la enmienda ofrece cierto sentido (aunque se separe del régimen transitorio que hasta entonces habían previsto las distintas normas en materia de contratos y a pesar de que el nuevo procedimiento difiera poco o nada del anterior) puesto que deja claro que es el procedimiento —y no las causas de nulidad— de la nueva Ley el que resultará aplicable a procedimientos iniciados una vez en vigor la nueva norma aunque al contrato afectado le resulte de aplicación la legislación anterior.

El informe de la Ponencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, N.º 2-4, de 2 de agosto de 2017, indica que “La Ponencia ha aprobado por unanimidad un nuevo texto en relación con esta disposición en los términos del Anexo al presente Informe, como consecuencia de la aceptación de enmienda transaccional procedente de la enmienda 806 del GP Socialista”. No obstante, en el anexo citado no se recoge el contenido de la enmienda. Se efectúa posteriormente una corrección de errores —mismo Boletín de fecha 27 de septiembre de 2017— en la que se indica que “en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de la corrección de errores en las siguientes publicaciones relativas al Proyecto de Ley 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” de forma que “Donde dice: ‘4. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo'. Debe decir: '4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo'." Esta redacción se mantiene así durante toda la tramitación en las Cortes hasta la aprobación de la norma.

El texto final resultante de la enmienda transaccional no resulta tan claro como el de la enmienda originaria. Así, donde aquella era clara en señalar que el nuevo procedimiento de revisión de oficio podrá ser usado incluso en contratos adjudicados con la normativa anterior, la redacción definitiva ha dejado de serlo puesto que esta deducción se extrae ya solo a *sensu contrario* de su tenor literal. Por otro lado, donde la enmienda se refería solo al procedimiento ahora la norma no concreta nada, resultando complejo determinar si quiere referirse solo al procedimiento de aplicación o también a las causas sustantivas de la nulidad.

El resultado de la interpretación a *sensu contrario* de la disposición transitoria primera 4 de la LCSP 2017 puede ser la necesidad de proceder a la revisión de oficio de los contratos realizados con el TRLCSP 2011 —o incluso normativa anterior a este— conforme al procedimiento previsto en la LCSP 2017, si es que se inicia una vez aquella está en vigor, pero, según mi entender, no será posible aplicar a contratos anteriores causas de nulidad previstas en la LCSP 2017 que no estaban previstas como tales en el momento de la adjudicación del contrato. No parece razonable aplicar a un contrato causas de nulidad que no existían cuando aquel se adjudicó.

En este sentido, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en su Dictamen N.º 5/2013, de 10 de enero de 2013, —aunque este se formuló conforme a la normativa anterior— ha señalado que “los motivos de nulidad de pleno derecho han de apreciarse a la luz de la legislación vigente en el momento de dictarse el acto”.

En conclusión, a la vista de lo expuesto, considero que la dicción del apartado 4 de la disposición transitoria primera de la LCSP 2017 lleva, en una interpretación a *sensu contrario*, a concluir que el procedimiento de revisión de oficio de aplicación debe ser el previsto en la LCSP 2017 cuando el procedimiento se inicie una vez aquella ha entrado en vigor y con independencia de que el régimen aplicable al contrato afectado sea el previsto en la normativa anterior.

Por el contrario, entiendo que el examen de las concretas causas de nulidad necesarias para el inicio de aquel procedimiento debe hacerse con arreglo a la legislación que resulte de aplicación al contrato, en línea con lo manifestado por el dictamen del Consejo Consultivo de Asturias antes referido, al no considerar la redacción del citado apartado 4 suficiente para desvirtuar tan elemental afirmación.

Aunque no recoge un pronunciamiento expreso sobre la cuestión, el Dictamen N.º 276/2018, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo de Asturias, parece alcanzar esta misma conclusión al entender aplicable el TRLCSP 2011 al fondo de una revisión de oficio de un contrato adjudicado vigente aquel iniciada con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP 2017.

A pesar de la conclusión defendida, debe señalarse que el Consejo Consultivo de Aragón, en su Dictamen N.º 208/2018, de 24 de septiembre, se pronuncia de modo distinto sobre el régimen aplicable al procedimiento de revisión de oficio de contratos adjudicados vigente el TRLCSP 2011 cuando aquel se inicia una vez en vigor la LCSP 2017. Así, señala que “al tratarse los casos analizados de la revisión de oficio de actuaciones de contratación, habrá de estarse especialmente a lo dispuesto en los artículos 38 y siguientes de la (...) LCSP (...) que se refieren al régimen de invalidez de los contratos. La LCSP viene a sustituir al (...) TRLCSP (...) y aquella es la norma aplicable a los casos analizados, teniendo en cuenta el apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP y que los procedimientos de revisión de oficio se iniciaron con posterioridad al comienzo de la vigencia de la LCSP”. Añade, en el fundamento de derecho III.10 del mismo dictamen, que “consideramos que la norma aplicable es la LCSP, al haber entrado en vigor antes del comienzo del procedimiento de revisión de oficio, por lo que en lo sucesivo nos referiremos a los preceptos de este texto legal”. Hasta este momento, el dictamen no concreta si se está refiriendo a la aplicación a la revisión de oficio del procedimiento previsto en la LCSP 2017 o también de las causas de nulidad señaladas en aquella. Sin embargo, en el fundamento de derecho VI.21 manifiesta entender aplicable la LCSP 2017 también al fondo del asunto, es decir, a las causas de nulidad aplicables.

No obstante lo señalado por el Consejo Consultivo de Aragón, quien suscribe encuentra grandes dificultades en entender aplicable al fondo de tales asuntos una normativa, y, por tanto, unas causas de nulidad, que no se encontraban vigentes cuando se adjudicaron los contratos cuyos actos de adjudicación pretenden declararse nu-

los, por lo que se insiste en la idea de entender de aplicación la LCSP 2017 únicamente en cuanto al procedimiento a seguir pero no en cuanto a la sustantividad del asunto.

Determinado el procedimiento aplicable, resulta más sencillo concretar las causas de nulidad que resultarán aplicables en los supuestos que nos ocupan. En el caso de las irregularidades estudiadas —contratos verbales, de hecho, prórrogas indebidas o similares circunstancias relativas a la imprevisión contractual—, la causa comúnmente aplicable será la ausencia total del procedimiento debido, prevista en el artículo 47.1.e) de la LPACAP, siendo evidente la omisión de la legislación aplicable.

En cualquier caso, la insuficiencia de crédito⁶ para atender las obligaciones generadas será siempre una causa tributaria de la anterior, consecuencia lógica de la ausencia de procedimiento. Parece razonable entender que los dos motivos de nulidad señalados lo serán siempre de forma coral.

No obstante, debe recordarse que la insuficiencia de crédito debe ser originaria, es decir, existente en el momento de la adjudicación o, en su caso, en el inicio de la prórroga del contrato, no siendo suficiente que se trate de una insuficiencia sobrevenida.

Así lo ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de fecha 14 de mayo de 1999, ECLI:ES:TS:1999:3327, que manifiesta que la normativa aplicable “claramente limita el supuesto (...) de la nulidad de pleno derecho a la circunstancia de que efectivamente se haga la adjudicación sin que medie la pertinente consignación presupuestaria”.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias se muestra tributario de esta doctrina en sus Dictámenes N.º 29/2018, de 22 de febrero, y N.º 276/2018, de 27 de diciembre, al señalar que “la insufi-

⁶ Sobre la causa de nulidad por insuficiencia de crédito resulta llamativa a opinión de GARCÍA LUENGO, J, en “Los supuestos de nulidad establecidos al margen de la Ley de procedimiento común”, *Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo*, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/293637.pdf>, págs. 145 y 146. Señala el citado autor que la necesidad de controlar el gasto de la Administración «no puede hacerse a costa de las garantías de los particulares, que asistirán a la infracción como meros espectadores y, eso sí, como los mayores perjudicados». Entiende que «la causa de nulidad así configurada carece de sentido alguno y es directamente contraria a los postulados del principio de seguridad jurídica (y su derivado el principio de protección de la confianza) por lo que debe ser estrictamente limitada en su interpretación por la garantía de este principio previsto en el artículo 9.3 de la Constitución». Aboga abiertamente por la «derogación de esta norma».

ciencia a la que se refiere el artículo 32.c) de la LCSP es originaria, diferenciada, por tanto, de la sobrevenida que puede resultar (...) de la superación de las necesidades estimadas por las reales efectivamente producidas”.

5. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS NULOS. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO O DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS.

En atención a lo ya señalado, el procedimiento de aplicación será el previsto en el artículo 41 de la LCSP 2017 que indica que “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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, remisión a la Ley de procedimiento administrativo común — entonces LRJPAC— que realizaba en iguales términos el artículo 34 del TRLCSP 2011.

El artículo 106 de la LPACAP dispone que “Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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”.

El reenvío realizado por la LCSP 2017 a la LPACAP podría plantear algunas dudas sobre el título en virtud del cual deben emitir su dictamen los órganos consultivos. Frente a la intervención siempre necesaria de aquellos prevista en el artículo 106.1 de la LPACPA, el artículo 191 de la LCSP 2017 dispone que “será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de (...) nulidad (...) cuando se formule oposición por parte del contratista”. En los mismos términos se expresaba el artículo 211 del TRLCSP. Es decir, en materia de nulidad de contratos, la intervención del órgano consultivo será preceptiva solo cuando exista oposición a aquella por parte del contratista.

La cuestión a resolver es si, la intervención de los órganos consultivos lo es solo cuando exista oposición por parte del contratista,

tal y como dispone el artículo 191 de la LCSP 2017, o lo es en todo caso, con independencia de la existencia de oposición o no de aquel, como indica el artículo 106 de la LPACAP.

En consonancia con las dos normativas citadas, tributarias además de la misma redacción en sus predecesoras, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, establece, en su artículo 22 diez la emisión de dictamen preceptivo en los supuestos de “revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes” y, en el apartado once del mismo precepto, en los casos de “nulidad (...) de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista”.

Los mismos términos se contienen, a modo de ejemplo, en los artículos 13.1.l) y n) de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, 15.5 y 8 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón, y 8.b) y c) del artículo 10 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de La Generalitat, de Creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Debe señalarse, también de forma ejemplificativa, que tanto el Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Dictamen N.º 276/2018, de 27 de diciembre, entre otros) como el Consejo Consultivo de Aragón (Dictamen N.º 208/2018, de 24 de septiembre, entre otros) emiten sus dictámenes en materias relacionadas con los asuntos que nos ocupan sobre la base de sus competencias en materia de revisión de actos administrativos nulos y no sobre la atribución relativa a la nulidad de los contratos cuando exista oposición por parte del contratista.

La resolución de la cuestión planteada podría tener su respuesta en el estudio del concreto elemento objeto de revisión. Así, cuando la nulidad del contrato deriva de un acto preparatorio o del acto de adjudicación del mismo, resulta evidente que se está procediendo a la revisión de un acto administrativo, por lo que sería de aplicación el título genérico sobre la revisión de actos y por tanto la intervención de los órganos consultivos sería preceptiva en todo caso. En tales términos realiza el reenvío el artículo 41 de la LCSP 2017 al artículo 106 de la LPACAP. Sin embargo, la nulidad de un contrato ya suscrito, y cuyos actos administrativos precedentes son perfectamente correctos, requeriría del mencionado dictamen únicamente en los supuestos de oposición del contratista, tal y como señala el artículo 191 del TRLCSP.

Por tanto, las revisiones de oficio de las actuaciones irregulares estudiadas en este trabajo requerirá, en todo caso, dictamen de los órganos consultivos al referirse la nulidad predicada a los actos de adjudicación de aquellos contratos que, además, en ningún momento llegaron a suscribirse. Y todo ello, por más que la nulidad de los actos señalados suponga también la nulidad del contrato mismo.

Continuando con el relato del procedimiento administrativo aplicable, debe advertirse que la audiencia al contratista se configura como un trámite inexcusable dentro del procedimiento de revisión de oficio. En defecto de un plazo expresamente previsto, se entiende que resulta de aplicación el plazo genérico señalado en el artículo 82.2 del a LPACAP que establece que aquel “no será inferior a diez días ni superior a quince”, entendiéndose que aquellos deben ser hábiles.

Los actos por los que se resuelvan los expedientes de revisión de oficio deberán ser debidamente motivados conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1.b) de la LPACAP.

No debe olvidarse que artículo 110 de la misma norma añade que “Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas 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”.

Según el artículo 106.5 de la LPACAP “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”. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPACAP el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución “se podrá suspender (...) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”. Siendo preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente, el procedimiento podrá suspenderse por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del anterior, previa comunicación a los interesados. Conforme señala reiterada doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, entre otros el Dictamen N.º 134/2018, de 21 de junio de 2018,

la suspensión del plazo para resolver produce efectos “desde el día en que se registra de salida la petición de consulta” y no desde la fecha en que se dicte resolución acordando la formulación de aquella.

Por todo ello, el expediente deberá ser tramitado en un plazo que impida su caducidad y deberán cumplirse, al menos, los trámites esenciales del procedimiento que, siguiendo al Consejo Consultivo del Principado de Asturias —entre otros, Dictamen N.º 29/2018, de 22 de febrero—, son “audiencia y vista del expediente a la mercantil interesada, (...) acuerdo de iniciación y (...) propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación”.

Por último, la incorporación en el procedimiento administrativo de la normativa, estatal o autonómica, en materia de transparencia, hace que esta deba tenerse en cuenta y, así, deba procederse a dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en aquella. De este modo, algunas Comunidades Autónomas han incluido en sus normas sobre transparencia la obligación de dar publicidad a los actos administrativos que hayan sido declarados nulos. Así, el artículo 7.e) de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, establece la obligación para los sujetos a que se refiere su artículo 2.1.b), entre los que se incluyen las Entidades Locales comprendidas en el ámbito territorial del Principado de Asturias, de publicar “Los actos que hayan sido objeto de un procedimiento de revisión en vía administrativa”.

6. SOBRE EL ÓRGANO MUNICIPAL COMPETENTE PARA TRAMITAR LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO EN MATERIA DE CONTRATOS.

Por último, debe determinarse quién ha de ser el órgano municipal competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio.

El artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases del régimen local, (en adelante LBRL) atribuye a los municipios la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos. Atribuida tal potestad, la determinación del órgano competente para ejecutarla no es una cuestión pacífica.

En el procedimiento administrativo común, el artículo 106.3 de la LPACAP se limita a hacer una referencia general al “órgano competente para la revisión de oficio”, sin concretar cuál será aquel. En el ámbito local, la doctrina ha mantenido posturas contradictorias sobre si la competencia para la revisión de oficio corresponde

al Pleno o al Alcalde. Así, en el procedimiento común, un sector ha entendido que la competencia para revisar de oficio un acto corresponde, en todo caso, al Pleno de la Corporación mientras que otro entiende que se atribuirá solo a este si se trata de actos dictados por aquel en el ejercicio de sus competencias, correspondiendo al Alcalde en el caso de actos dictados por este dentro de su ámbito competencial de actuación. A modo de ejemplo y sin ningún ánimo exhaustivo, se han mostrado partidarios de la primera tesis LÓPEZ MENUDO⁷, CORRAL GARCÍA⁸, GONZÁLEZ PÉREZ⁹, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ¹⁰ y LÓPEZ CANDELA¹¹. Por el contrario, manifiestan acuerdo con la segunda de las posiciones señaladas ALONSO HIGUERA¹², BOIX MAÑO¹³ o DE LA PEÑA GUTIERREZ¹⁴.

Sin embargo, existen en el sector local dos atribuciones legales de competencia en materia de revisión de oficio realizadas de forma expresa a determinados órganos. Así, en materia tributaria, el artículo 110 LBRL atribuye la competencia para la revisión de oficio de los actos tributarios nulos al Pleno de la Corporación. Igualmente, en materia de contratación, el artículo 34.2 del TRLCSP atribuía la competencia para la revisión de oficio al “órgano de contratación”. En los mismos términos se expresa el actual artículo 41.3 de la LCSP 2017. De ello se infiere que, en el caso de revisión de oficio de un

⁷ LÓPEZ MENUDO, F. “Comentarios del artículo 53 LBRL”, en *Comentarios a la Ley de Bases del Régimen Local. Tomo II*. REBOLLO PUIG, M. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

⁸ CORRAL GARCÍA, M. A. “Revisión de oficio y acción de nulidad. Declaración de lesividad y anulación judicial de actos anulables. Revocación de actos no favorables. Rectificación de errores materiales”, en *Procedimiento Administrativo Local*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, octubre de 2010.

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J y GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Aranzadi, 2012.

¹⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “La revisión de oficio (artículo 106 LPA)”, en *Actualidad Administrativa*, N.º 3, Madrid, La Ley, marzo de 2016.

¹¹ LÓPEZ CANDELA, J. “El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Local*, N.º. 39, Madrid, El Derecho, marzo de 2016.

¹² ALONSO HIGUERA, C. *Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, Barcelona, Atelier, 2002.

¹³ BOIX MAÑO, P. “Competencia para la revisión de oficio en el ámbito de las Entidades Locales”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, N.º 5, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁴ DE LA PEÑA GUTIERREZ, M. R. “Revisión de oficio y declaración de lesividad: peculiaridades de la tramitación en el ámbito local”, en *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, CAMPOS ACUÑA, C. (Coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016.

acto contractual presuntamente nulo, será competente para su revisión de oficio el órgano competente para su adopción.

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias ha entendido también que “el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia”, tal y como señala, entre otros, en el Dictamen N.º 21/2018, de 1 de febrero, con cita del Dictamen N.º 199/2013, de 25 de septiembre, y en el Dictamen N.º 276/2018, de 27 de diciembre de 2018.

También el Consejo Consultivo de Aragón es coincidente con lo antes señalado. De este modo, recoge, en su Dictamen N.º 208/2018, de 24 de septiembre, que “así como la propia LBRL (artículo 110) establece expresamente a qué órgano corresponde la revisión de oficio en un ámbito específico, el de los actos de gestión tributaria (atribuyéndosela al Pleno), en el caso que nos ocupa, las actuaciones que se pretenden revisar, también se corresponden con un ámbito específico del régimen jurídico del sector público, el de la contratación, con su normativa propia y especial (...). Pues bien, el artículo 41.3 de la LCSP establece que ‘serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública (...)’. Y la Disposición Adicional Segunda de la LCSP distribuye las competencias como órgano de contratación de las entidades locales entre los Alcaldes o Presidentes y el Pleno, en función de, entre otros criterios, el porcentaje de los recursos ordinarios del presupuesto que suponga el importe del contrato”. En base al referido argumento, el Consejo Consultivo de Aragón otorga la competencia para la revisión de oficio del acto de contratación presuntamente nulo al órgano que, en atención al reparto de competencias en materia de contratos, hubiera ostentado la condición de órgano de contratación.

Pese a la rotundidad, a mi juicio, del argumento atributivo de competencias antes expuesto, debe advertirse que el Consejo de Estado, en su Dictamen N.º 575/2015, de 10 de septiembre de 2015, relativo a la revisión de oficio de un contrato menor de obras celebrado por un Ayuntamiento de Cantabria, ha señalado que “la potestad de revisión de oficio corresponde al Pleno del Ayuntamiento, como ha señalado la doctrina constante de este Consejo de Estado”, con cita del Dictamen N.º 3.299/2003, de 20 de noviembre, y del Dictamen N.º 3.645/2002, de 30 de enero de 2003.

No obstante esta última postura, se insiste en la defensa de la tesis mantenida, entre otros, por los Consejos Consultivos de Aragón y Asturias, que atribuye la competencia para la revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos al órgano de contratación, es decir, al órgano municipal competente por razón de la materia.

7. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO.

Los efectos de la tramitación de la revisión de oficio del acto nulo serán los previstos en el artículo 42 de la LCSP 2017, en términos idénticos a lo señalado en el artículo 35 del anterior TRLCSP, que dispone que “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”.

De este modo, el importe que abone la Administración en atención a las contraprestaciones recibidas a través de contratos que hubieran resultado nulos de pleno derecho lo será en concepto de liquidación del contrato y, en su caso, de indemnización por daños y perjuicios. Tal circunstancia marca una diferencia sustancial con respecto al uso directo de la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos en la que la cuantía pagada lo es en concepto de abono del importe de la factura presentada por el contratista.

A la vista de ello, procede estudiar si el total resultante de la liquidación de un contrato nulo y el importe de la factura que, en su caso, el contratista presenta al cobro por aquel, han de ser o no coincidentes y, si no han de serlo, cuál será el elemento que marque la diferencia entre ambos.

Sobre ello, indica VALERO ESCRIBANO¹⁵ que “la cuantía que procedería abonar al contratista”, en estos supuestos, es una “cuestión diversa y jurídicamente discutible”. Se plantea “si debería abonarse el importe de las facturas presentadas o solo debería abonarse el valor del enriquecimiento experimentado por la Administración”. Señala que “la falta de precisión e interés por parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa a esta cuestión deriva de la ausencia

¹⁵ VALERO ESCRIBANO, J. I. Obra citada, pág. 168.

de una diferenciación clara entre la obligación de restitución a consecuencia de la prohibición de enriquecimiento sin causa, y otras obligaciones como las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos”.

Apunta el citado autor que “en este sentido, la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Abogacía General de Illes Balears, sobre la tramitación a seguir en 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’”.

No obstante, debe añadirse que la Instrucción 3/2016, 20 julio, del Interventor General de la Comunidad Autónoma y del Director de la Abogacía de la Comunidad autónoma de Illes Balears, por la que se suspende provisionalmente la aplicación del apartado 5 b *in fine* de la Instrucción 2/2012 (Boletín Oficial de las Islas Baleares de 21 julio de 2016), dispone suspender, precisamente, el texto citado, de forma que elimina las instrucciones dadas previamente acerca del coste económico a satisfacer.

Sobre esta cuestión, es especialmente interesante la postura del Consejo Consultivo de Andalucía, que, desde hace años, viene defendiendo, con claridad, la imposibilidad de abonar el beneficio industrial en supuestos de nulidad de los contratos. Así, en el Dictamen N.º 270/2002, de 23 de octubre, manifiesta que «como ha declarado este Consejo de forma reiterada (por todos dictámenes 18/1998, 23/1996 y 48/1997), 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».

El Consejo de Estado, en su Dictamen N.º 552/2016, de 7 de julio, también ha señalado la posibilidad de detraer los gastos generales y el beneficio industrial de la indemnización correspondiente a una empresa que ejecutó unas obras cuya adjudicación se declaró nula de pleno derecho.

Por el contrario, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2004,

ECLI:ES:TS:2004:3209, concluye que «Si bien es cierto que respecto a las obras ampliadas no hubo contrato formal escrito, resulta acreditado que dichas obras han sido ordenadas y aceptadas por la Administración sin formular reserva alguna, por lo que debe reconocerse el derecho del contratista al abono del beneficio industrial y de los intereses que le correspondan». En igual sentido, la Sentencia de la misma Sala, de fecha 2 de julio de 2004, ECLI:ES:TS:2004:4711, indica que «se trata de obras realizadas fuera del contrato pero con el conocimiento del contratista y de la Administración», por lo que «el contratista tiene derecho al cobro del importe de la obras y también al beneficio industrial».

En esta línea, se insertan también algunos autores. De este modo, VICENTE GONZÁLEZ¹⁶ indica que «Los precios a abonar son los mismos que si se hubiera efectuado correctamente la contratación administrativa, por lo que a los precios unitarios () deberían incorporarse los importes correspondientes a gastos generales y beneficio industrial, pues el enriquecimiento de la Administración parece estimarse en el importe total en base al cual hubiera obtenido la misma cosa a través de los procedimientos de contratación legalmente establecidos». Realiza cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1988, ECLI:ES:TS:1988:8952.

Así las cosas, resulta manifiesta la existencia de dos posturas sobre el importe que se debe abonar al adjudicatario de un contrato nulo. No obstante, a juicio de quien suscribe, la posición mantenida con el Consejo Consultivo de Andalucía se muestra de todo punto acertada. Es difícil rebatir que un contrato nulo no puede producir los mismos efectos que un contrato válidamente celebrado. Lo contrario no contribuye a la proscripción de la contratación irregular sino que promociona la celebración de aquella al no desprenderse de la misma ninguna consecuencia negativa de carácter económico.

En este sentido, también es rotundo el voto particular contenido en la Resolución N.º 9484 de 10 de noviembre de 2010, del Tribunal Administrativo de Navarra, que manifiesta que «Debe evitarse frivolar sobre la cuestión interpretando que si existiera causa de nulidad de pleno derecho en contratación, daría igual, porque el importe consignado en la factura correspondiente ha de pagarse de todos modos. La adopción de tal descabellado criterio constituiría, de hecho, una verdadera incitación a infringir la ley incurriendo sin te-

¹⁶ VICENTE GONZÁLEZ, J.L. «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local». *Revista de Administración Pública*, N.º 168, Madrid, septiembre-diciembre de 2005, pág. 431.

mor alguno en alguna de las causas de nulidad (ausencia de crédito o de procedimiento) sobre la base absurda e ilegal, de entender que tales infracciones no pueden tener ninguna consecuencia práctica sobre las obligaciones de pago de la Administración.»

Parece razonable, por lo expuesto, que se calcule en debida forma la liquidación que debe corresponder a los contratos nulos, no dando en ningún momento por hecho que el importe a abonar por la prestación recibida será aquel consignado por el contratista en su factura. Cuanto menos, resulta sensato evitar el pago, como mínimo, del importe que hubiera correspondido al denominado beneficio industrial del contratista.

La posibilidad apuntada determina la necesidad de fijar el *quantum* de tal beneficio industrial en cada tipo de contrato administrativo. Con carácter general, el artículo 102.3 de la LCSP 2017 solo señala que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado”. Sin embargo, no establece una estructura clara sobre el contenido del precio.

En el caso de los contratos de obras, la cuestión está claramente resuelta. El artículo 131 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 (en adelante, RGLCAP), dispone que “Se denominará presupuesto de ejecución material el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas./ El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:/ 1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:/ a) Del 13 al 17 por 100 (...)/ b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista”. Por tanto, el presupuesto de un contrato de obras queda integrado por el presupuesto de ejecución material, los gastos generales y el beneficio industrial. De este modo, resulta fácil detraer un 6% del importe del ejecución del contrato nulo en concepto de beneficio industrial improcedente en la liquidación.

Sin embargo, no existe, ni en la LCSP 2017 ni en el RGLCAP, un precepto equivalente que desglose los conceptos que integran los precios de los contratos administrativos distintos de los de obras (contratos de servicios, de suministros, etc.). Siendo así, se plantea la cuestión de cómo determinar el importe que corresponde al bene-

ficio industrial en cada uno de los tipos de contratos distintos al de obra afectados de nulidad.

En este sentido, el Informe 50/2008, de 2 de diciembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en relación en aquel caso a un contrato de gestión de servicios públicos, señala que no “existen normas ni en la Ley ni en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas al precio de los contratos de gestión de servicios públicos./ En consecuencia, la forma más adecuada para determinar los conceptos que deben considerarse incluidos en ellos serán los que se establezcan expresamente en la propia documentación contractual y, en defecto de ella, deberá estarse a la aplicación analógica de los preceptos del Reglamento antes citado, que, aún no regulando de forma directa el contrato de gestión de servicios públicos, puedan serle aplicables por razón de su naturaleza”. Así, añade que “sentado lo anterior, deben tenerse en consideración los preceptos del artículo 131 del Reglamento”, entre los que incluye el “beneficio industrial que se fija en el 6% del presupuesto de ejecución material”.

Por su parte, el Tribunal de Cuentas, en Sentencia de 29 de abril de 2013, hace suyos los argumentos invocados por la parte demandada y recoge que “con base en sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 11 de marzo de 2002 y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de junio de 2002 (...), el concepto de beneficio industrial no es ajeno al contrato de suministro”.

A la vista de lo expuesto, parece razonable entender que el concepto de “beneficio industrial” puede formar parte del presupuesto de los contratos de gestión de servicios, servicios o suministros, a pesar de que ni las disposiciones legales ni reglamentarias de aplicación lo recojan expresamente, constituyendo, en interpretación analógica del artículo 131 del RGLCAP, un 6% del presupuesto total, y que, por tanto, será posible deducir tal cantidad de la liquidación que resulte del contrato declarado, en su caso, nulo.

Por último, en cuanto al momento procedimental en el que procede el cálculo de la liquidación del contrato, pese a que, como ya se señaló, el artículo 42 de la LCSP 2017 recoge que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio, debe indicarse que el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen N.º 1724/2011, de 21 de diciembre, ha manifestado que 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". Por ello, se considera que es posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación o indemnización que, en su caso, proceda.

8. CONCLUSIONES

Este estudio ha querido poner de manifiesto la problemática municipal relativa a la gestión de aquellas facturas que aparecen *ex novo* en las Casas Consistoriales como consecuencia de la realización de contrataciones irregulares.

Como se ha señalado, en un gran número de ocasiones, el recurso a la contratación irregular parte de la necesidad de la Administración de obtener una prestación concreta en un momento determinado y de la imprevisión del tiempo que hubiera sido necesario para su correcta licitación. Claramente, existe una falta de planificación y sistemática en la contratación municipal. La LCSP 2017 ha puesto en marcha determinados instrumentos para tratar de paliar tales deficiencias. Sin embargo, habrá que esperar al rodaje de la referida norma para comprobar su efectividad.

Entre tanto, la imprevisión contractual suele verse suplida con el recurso a contratos menores que no son tales, a prórrogas de contratos que resultan inadmisibles y a una serie de actuaciones que generan la aparición de contratos cuyos actos de adjudicación son nulos de pleno derecho por las ya señaladas causas de inexistencia de procedimiento administrativo y carencia o insuficiencia de crédito para el gasto contraído.

No obstante, es común a todos los casos que el proveedor de la Administración haya entregado la contraprestación solicitada y, por tanto, pretenda su cobro. Ninguna duda cabe de la prohibición de un enriquecimiento injusto para la Administración por lo que es comúnmente aceptado que los Ayuntamientos afronten tales pagos, evitando al contratista el recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Durante muchos años, la solución en el ámbito municipal al problema planteado ha sido el recurso a la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos previsto en el artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990. De este modo, resultaban abonadas aquellas facturas para las que no existía, *ab initio*, consignación presupuestaria.

Sin embargo, tras un esfuerzo doctrinal importante, plasmado, entre otros, en los pronunciamientos ya citados de la Cámara de Cuentas de Aragón y de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, los Ayuntamientos españoles están siendo capaces de ver que la verdadera naturaleza jurídica del problema que subyace es la nulidad de pleno derecho de los contratos adjudicados y que, por tanto, la única vía posible para el abono de las prestaciones recibidas es la revisión de oficio de los actos de adjudicación de tales contratos.

Ello implica asumir que el concepto a abonar no es la satisfacción de la factura presentada al cobro sino la liquidación del contrato inválidamente celebrado. En cualquier caso, lo más importante no es la asunción de un cambio conceptual sino la asunción de que el importe a pagar no tiene por qué corresponder con el importe facturado sino que aquel resultará de las distintas operaciones técnicas y económicas que se hagan para la liquidación del contrato y que, cuanto menos, deberá detraerse el beneficio industrial que hubiera correspondido al contratista en el caso de una licitación ordinaria.

Aunque, como se ha visto, sigue existiendo un sector doctrinal que defiende el abono de los mismos conceptos en el caso de contrataciones regulares e irregulares, poniendo el foco en que la prestación recibida por la Administración es coincidente en ambos casos, parece que pocas dudas pueden haber ya sobre la necesidad de establecer algunas consecuencias que proscriban la contratación irregular. Lo contrario promueve la colaboración de los contratistas en la indebida contratación pública amparados aquellos bajo el paraguas protector de la falta de consecuencias negativas de su actuación de forma que, no solo percibirán el mismo importe que si hubieran participado en una licitación sino que, además, obviarán la realización de esta en claro perjuicio de aquellos particulares con cuya concurrencia no se ha contado.

En este sentido, merecen toda la admiración los postulados defendidos desde hace años por el Consejo Consultivo de Andalucía y por el voto particular, ya citado, ofrecido desde el Tribunal Administrativo de Navarra. Más complicado parece admitir posturas como

la mantenida por GARCÍA LUENGO¹⁷ que considera a los afectados por una insuficiencia de crédito de la Administración como «meros espectadores» y «los mayores perjudicados» llegando incluso a proclamar la necesidad de la supresión de la causa de nulidad de pleno derecho basada en la inexistencia o insuficiencia de crédito o a admitirla solo cuando la «infracción de la exigencia de consignación presupuestaria sea notoria y, por tanto, evidente para un ciudadano medio que tenga un conocimiento de las circunstancias como el que ha podido alcanzar el destinatario del acto». Difícil será determinar cuándo un ciudadano medio puede tener conocimiento de la existencia de crédito municipal pero más difícil será admitir, en el ámbito que nos ocupa, que un contratista de la Administración tenga la consideración de «mero espectador» cuando su conducta le permite eludir un procedimiento de contratación y obtener ventajas económicas que, tal vez, no hubiera obtenido en un procedimiento abierto.

La lucha contra la contratación irregular debe afrontarse desde la perspectiva de la Administración y desde la perspectiva del contratista. La tramitación del procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos demora el cobro y limita su importe. De este modo, no solo nos encontramos ante la única respuesta permitida por el ordenamiento jurídico para la gestión de estas situaciones —lo que debe respetarse en todo caso— sino que, además, puede constituir un elemento eficaz para la reducción de la contratación indebida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO HIGUERA, C. *Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, Barcelona, Atelier, 2002.
- BOCANEGRA SIERRA, R. *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- BOIX MAÑO, P. “Competencia para la revisión de oficio en el ámbito de las Entidades Locales”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, N.º 5, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- BOQUERA OLIVER, J.M. “Grados de ilegalidad del acto administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983.
- CORRAL GARCÍA, M. A. “Revisión de oficio y acción de nulidad. Declaración de lesividad y anulación judicial de actos anulables. Revo-

¹⁷ GARCÍA LUENGO, J. Obra citada.

- cación de actos no favorables. Rectificación de errores materiales”, en Procedimiento Administrativo Local, Madrid, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, octubre de 2010.
- DE LA PEÑA GUTIERREZ, M. R. “Revisión de oficio y declaración de lesividad: peculiaridades de la tramitación en el ámbito local”, en *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, CAMPOS ACUÑA, C. (Coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016
- GARCÍA LUENGO, J. “Los supuestos de nulidad establecidos al margen de la Ley de procedimiento común”. *Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo*. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/293637.pdf>
- GONZÁLEZ PÉREZ, J y GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Aranzadi, 2012.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “La revisión de oficio (artículo 106 LPA)”, en *Actualidad Administrativa*, N.º 3, Madrid, La Ley, marzo de 2016.
- LÓPEZ CANDELA, J. “El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Local*, N.º. 39, Madrid, El Derecho, marzo de 2016.
- LÓPEZ MENUDO, F. “Comentarios del artículo 53 LBRL”, en *Comentarios a la Ley de Bases del Régimen Local*. Tomo II. REBOLLO PUIG, M. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- MOREO MARROIG, T. “Reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de fierabrás de la contratación irregular?”. *El blog de Espublico*. 27 de octubre de 2015.
- ORQUÍN SERRANO, J.j., en “Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N.º 9, Madrid, Wolters Kluwer, septiembre de 2018.
- VALERO ESCRIBANO, J.I. “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”. *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII. Madrid, Tribunal de Cuentas, mayo de 2015.
- VICENTE GONZÁLEZ, J. L. «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local». *Revista de Administración Pública*, N.º 168, Madrid, septiembre-diciembre de 2005.