

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO ANTE LAS CONSECUENCIAS DE LA CONTRATACIÓN IRREGULAR¹

ANDRÉS MANUEL GONZÁLEZ SANFIEL
Universidad de La Laguna

Cómo citar/Citation

González Sanfiel, A. M. (2023).

Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular.

Revista de Administración Pública, 222, 99-137.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222.04>

Resumen

Es una realidad que, en ocasiones, la Administración recibe prestaciones de los empresarios sobre la base de contratos irregulares, en algunos casos incluso sin contrato previo o de referencia. Se trata de un tema recurrente en el que la ilegalidad no puede ocultar el beneficio obtenido por aquella y su obligada compensación. Para afrontar el pago de esas prestaciones se han utilizado diversas vías, tales como el enriquecimiento injusto, la revisión de oficio, la responsabilidad contractual y también la extracontractual. Todas esas vías han acabado siendo cuestionadas por los órganos consultivos y de fiscalización, tildadas de excepcionales o fraudulentas. Es más, en los últimos años se viene trasladando la responsabilidad al empresario, al que se achaca la culpa de la existencia de aquellas contrataciones ilegales. Se utiliza para ello la figura del contrato inexistente, aunque olvidando el carácter garantista inherente a esta categoría jurídica y sin atender los problemas estructurales que provocan la contratación administrativa irregular. Sin embargo, el problema sigue existiendo

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación PID2020-115834RB-C31 – El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado.

porque la Administración tiene el deber de satisfacer las necesidades colectivas de los ciudadanos, lo que, cuando se producen estas situaciones, suscita el conflicto entre el cumplimiento de la legalidad y la atención de esas necesidades. Sin perjuicio de la depuración de las responsabilidades en que pudiera incurrir tanto la Administración como el empresario, tras analizar todas las vías planteadas, el presente estudio vuelve nuevamente hacia el enriquecimiento injusto como la fórmula más adecuada para resolver las consecuencias patrimoniales de la contratación irregular.

Palabras clave

Contratos públicos; nulidad; enriquecimiento injusto; revisión de oficio; responsabilidad.

Abstract

It is a reality that, sometimes, the Administration receives supplies, works and services from companies on the basis of irregular contracts, in some cases even without a contract prior or reference. This is a recurring theme in which illegality cannot hide the benefit obtained by it and its obligatory compensation. To face the payment of these benefits, various means have been used, such as unjust enrichment, ex officio review, contractual liability and also non-contractual liability. All of these avenues have ended up being questioned by advisory and oversight bodies, branded as exceptional or fraudulent. What's more, in recent years, responsibility has been shifted to the company, who is blamed for the existence of those illegal contracts. For this purpose, the figure of a non-existent contract is used, although forgetting the guarantee nature inherent to this legal category and without addressing the structural problems that cause irregular administrative contracting. However, the problem continues to exist because the Administration has the duty to satisfy the collective needs of citizens, which, when these situations occur, raises the conflict between compliance with the law and attention to those needs. Without prejudice to the clarification of the responsibilities that both the Administration and the employer could incur, after analyzing all the avenues proposed, this study returns again to unjust enrichment, as the most appropriate formula to resolve the financial consequences of irregular contracting.

Keywords

Publics contracts; nullity; unjust enrichment; ex officio review; liability.

SUMARIO

I. SUPUESTOS, RIESGOS Y EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN IRREGULAR: 1. Supuestos: las patologías al uso. 2. Los efectos. 3. Su complejidad. II. LAS DIFERENTES VÍAS UTILIZADAS PARA AFRONTAR LA CONTRATACIÓN IRREGULAR Y SUS CONTROVERSIAS: 1. Enriquecimiento sin causa. 2. Revisión de oficio. 3. Responsabilidad extracontractual. 4. Responsabilidad contractual. 5. Reconocimiento extrajudicial de créditos. III. EN PARTICULAR, LAS OTRAS VÍAS ALTERNATIVAS EXPLORADAS: 1. Revisión de oficio con modulaciones procedimentales. 2. La vía del contrato inexistente: 2.1. *Como elemento para trasladar la responsabilidad al empresario*. 2.2. *Como mecanismo para buscar un nuevo cauce alternativo a la revisión de oficio*. 3. La frustrada huida hacia el derecho privado. IV. BALANCE DE LAS DIFERENTES VÍAS UTILIZADAS: 1. Características resultantes. 2. En particular, la culpa del empresario como mecanismo para diluir la responsabilidad de la Administración en todo caso. V. LA NECESARIA VUELTA AL EQUILIBRIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: 1. El problema: un supuesto de enriquecimiento injusto. 2. De la negligencia administrativa a la culpa del empresario.

I. SUPUESTOS, RIESGOS Y EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN IRREGULAR

1. SUPUESTOS: LAS PATOLOGÍAS AL USO

La adquisición de obras, suministros y servicios por parte del sector público se somete a reglas muy estrictas. Esas normas se han ido puliendo con el tiempo e, incluso, se han estandarizado a nivel comunitario europeo². Con ello se persi-

² El actual marco normativo está constituido por el denominado cuarto paquete, incorporado principalmente a nuestro ordenamiento por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Una amplia aproximación a su estudio en F. L. Hernández González (dir.) (2016), *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*,

gue, de un lado, atender las diversas necesidades que son responsabilidad de las diferentes Administraciones públicas y sus entes instrumentales; y, de otro lado, que los empresarios que contratan con la Administración cumplan con una serie de requisitos y puedan acceder a la contratación en condiciones de igualdad y no discriminación. Esa doble dimensión (necesidades públicas y mercado) forman parte de la médula espinal del sistema.

Sin embargo, debido a muy diversas circunstancias, los procedimientos predeterminados para llevar a cabo la denominada compra pública no siempre son respetados. No se trata de un fenómeno nuevo ni exclusivo de nuestro país, sino que forma parte de la intrahistoria de la contratación pública. La tipología es muy variada dado que abarca cualquier infracción de aquella normativa, aunque una buena parte puede reconducirse a omisiones o vulneraciones del procedimiento para contratar o para prorrogar un contrato previo que ha perdido su vigencia. Es decir, se omite el procedimiento o se vulneran sus trámites esenciales. De esta manera se producen contrataciones verbales fuera de los supuestos admitidos, se adjudican contratos sin consignación presupuestaria, se inician actuaciones contractuales que no acaban en una adjudicación y formalización, se prorroga la vigencia o se modifica un contrato previo sin respetar los trámites y límites exigidos para ello entre una rica y variada tipología³.

Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi (Navarra); J. M^a Gimeno Feliú —dir.— (2018) *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra; I. Gallego Córcoles y E. Gamero Casado (dir.) (2018), *Tratado de Contratos del Sector Público*, 3 volúmenes, Valencia, Tirant lo Blanch.

³ Se puede encontrar una buena muestra de esas patologías en la actuación de los diversos órganos consultivos y en la de los órganos de fiscalización contractual. A modo de ejemplo, puede citarse el Dictamen del Consejo de Estado 606/2020 que describe como situaciones más comunes: la prolongación de las prestaciones una vez expirado el plazo (aquiescencia expresa o tácita de la Administración sin formalización o simplemente con orden verbal; propuesta de adjudicación, pero finalmente no adjudicada ni formalizada; las prestaciones se ejecutan sin cobertura contractual y se desiste del procedimiento contractual; existen órdenes de continuidad del servicio o de prórroga contractual, algo expresas pero irregulares; órdenes expresas de realizar trabajos complementarios fuera del objeto del contrato; contratos menores sin procedimiento; con insuficiencia de declaración de emergencia; contratos verbales sin concurrir situaciones excepcionales; utilización irregular de la figura de los convenios de colaboración, con cita de dictámenes con esos supuestos). En un sentido similar, el Dictamen 555/2021 del Consejo Consultivo de Canarias o el Dictamen 175/2022 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña. Un intento de sistematización de los diferentes grupos de contratación irregular la ofrece J. I. Valero Escribano (2015), «La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares», *Revista Española de Control Externo*, XVII, 50, págs. 149-179.

2. LOS EFECTOS

La situación que se describe supone una ilegalidad que pone en entredicho la integridad del sistema. Los supuestos reseñados y otros muchos pueden ser reconducidos con facilidad a causas de nulidad absoluta o de pleno derecho. Sin embargo, y a pesar de ello, los medicamentos han sido adquiridos por el hospital y aplicados a su funcionamiento, aunque no fueron contratados siguiendo el procedimiento o con la correspondiente consignación presupuestaria. También, pese a haber expirado el plazo de duración de los respectivos contratos, el servicio de grúa, de recogida de residuos sólidos urbanos, de atención a personas vulnerables o el suministro de energía eléctrica a instalaciones de la Administración, se han seguido atendiendo las respectivas necesidades públicas. Los cambios introducidos por orden de la Administración en las obras contratadas y en ejecución, se han materializado por el contratista a satisfacción de aquella. En efecto, a pesar de la ilegalidad en la contratación de aquellos suministros, servicios y obras, las necesidades públicas que la Administración debe satisfacer han podido ser atendidas, siendo sufragadas anticipadamente por el contratista.

En un mundo perfecto ninguna de estas situaciones tendría que haberse dado: se habría cumplido con la legislación de contratación pública. La Administración habría planificado adecuadamente su compra pública; habría licitado aplicando los procedimientos correspondientes; contaría con los recursos públicos para poder dar la cobertura presupuestaria adecuada a sus necesidades; antes de la extinción de los contratos de servicios, ya se había planificado la nueva contratación de los mismos; en fin, contaría con los recursos económicos, con el personal suficiente y cualificado y con las herramientas tecnológicas adecuadas para poder cumplir eficazmente con la legislación de contratación pública. Desgraciadamente, esa no es la situación en la que se encuentran todas las Administraciones públicas que no siempre cuentan con los medios necesarios ni con las plantillas, estables y cualificadas, para responder a todas esas necesidades. Es bastante conocido que, por ejemplo, la financiación real del coste del servicio sanitario está muy por debajo de los presupuestos aprobados para su correcto funcionamiento, o que no siempre se dispone efectivamente, por razones de gestión presupuestaria, de los recursos suficientes para atender todas las necesidades. Pese a ello, las diferentes leyes de presupuestos siguen asignando año tras año unas partidas inferiores para cubrir la prestación del servicio sanitario público⁴.

⁴ Por ejemplo, según el informe *Sanidad privada. Aportando valor* (2022), realizado por el Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad, en 2020 la desviación entre el gasto y el presupuesto se situó en el 18,1% en el conjunto del sistema sanitario público, aunque con grandes diferencias por comunidades autónomas. Así, por ejemplo, en Murcia fue del 38,9%, en Cataluña el 37,6%, en Castilla y León el 24,3% o en Madrid el 23,4%. En la página 22 del citado informe se pueden ver todas esas desviaciones entre gasto y presupuesto para cada una de las comunidades autónomas.

3. SU COMPLEJIDAD

El derecho ha proporcionado diversas vías para afrontar este problema recurrente sin que se pueda afirmar que haya logrado superarlo⁵. Se trata de un fenómeno que no debería darse, pero la realidad se impone. De ahí que las distintas soluciones que se han barajado son una especie de tira y afloja, de intentar negar la realidad de las cosas, una situación incómoda para el funcionamiento de la Administración que se ve cuestionada y que no es capaz de asumir o afrontar adecuadamente ese mal funcionamiento. En la mayoría de los supuestos estamos ante un caso de nulidad, siendo esta la idea que subyace en las diferentes aproximaciones que se hacen al tema. Muestra de esa amplitud de vías y la preferencia por la revisión de oficio en la práctica administrativa se refleja en la STS de 13 de junio de 2022 (RJ 4262, caso *Acciona Infraestructuras S.A.*)⁶, cuando señala que «de entre las alternativas legales que hubieran podido seguirse ante la realización de unas obras fuera de proyecto, el procedimiento que se estimó adecuado en este caso, con la conformidad de ambas partes, fue la vía de la *revisión de oficio* con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de las unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento». No obstante, el fundamento de la indemnización no es tanto la nulidad sino la prohibición del enriquecimiento injusto. De hecho la cuestión de interés casacional que justificó el recurso era determinar «si el derecho al cobro del importe de las unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificado alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato...», decantándose por la naturaleza indemnizatoria, aunque uniendo las figuras de nulidad y enriquecimiento injusto: «siendo en tal caso plenamente aplicable la doctrina del enriquecimiento sin causa en el marco de la revisión de oficio de un modificado nulo» (FJ 6º). Esto es una muestra de la complejidad del tema, en donde las diferentes vías se entrecruzan y se apoyan mutuamente para reforzar la argumentación.

Por ello, no es posible trazar una línea cronológica o fases en la medida que los planteamientos se superponen (p. ej., revisión de oficio y enriquecimiento injusto); es decir, que es posible encontrar el uso de varias vías en una misma época, sin perjuicio de poder reconocer una mayor predisposición en algunos momentos, pero sin mucha seguridad o claridad. A ello se suma el uso de criterios

⁵ Además de la bibliografía que en cada caso se destaque, ofrecen una visión general sobre algunas de las diferentes vías utilizadas F.J. Bauzá Martorell (2016), «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto», *REDA*, 181, en particular págs. 234-242; V. Aguado i Cudolá (2017), «Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos» en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la AEPDA*, Madrid: INAP, págs. 223-272; I. Martí i Sardá «La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares», *Diario La Ley*, 9549, *Smarteca*, editorial Wolters Kluwer (recurso electrónico), 50 páginas.

⁶ ECLI:ES:TS:2022:2426.

diferentes, la formulación de votos particulares dentro de un dictamen, el uso de varios criterios dependiendo del caso (enriquecimiento injusto, revisión de oficio, responsabilidad contractual o extracontractual), el uso de criterios distintos por los diferentes órganos consultivos o en la práctica administrativa. En algún caso, se ha utilizado el decreto ley como solución al problema⁷; sin embargo, no deja de ser una respuesta marginal y excepcional cuya fórmula no cabe generalizar ante este fenómeno. De ahí que sea necesario analizar cuáles son las vías más utilizadas y las propuestas más adecuadas para afrontar este problema.

II. LAS DIFERENTES VÍAS UTILIZADAS PARA AFRONTAR LA CONTRATACIÓN IRREGULAR Y SUS CONTROVERSIAS

1. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El enriquecimiento injusto o sin causa (*actio in re verso*) fue la institución más utilizada por la jurisprudencia para afrontar el problema de la contratación irregular, esto es, el coste de las prestaciones realizadas por un empresario en favor de la Administración sin que existiera una cobertura contractual adecuada. Aprovechando la construcción realizada por el derecho civil, los tribunales supieron adaptar la figura al ámbito administrativo, con especial aplicación en los casos de contratación ilegal. La mejor y más completa explicación de esta institución en el ámbito *iusadministrativo* ha sido realizada por Rebollo Puig, quien dentro de un estudio más amplio aborda el tema de «las prestaciones en virtud de contratos administrativos que no han sido válidamente concluidos»⁸. Como pone de mani-

⁷ En este sentido, el Real Decreto Ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento por entregas ya realizadas. En la exposición de motivos se explica que «durante los ejercicios 2010 y 2011 se produjeron reducciones y no disponibilidades presupuestarias que se tradujeron en la no atención de los compromisos de pago aprobados para esos años [...] ante la imposibilidad de atender los compromisos de pago asociados a estos Programas, el Ministerio de Defensa solicita un crédito extraordinario por importe de 1.782.770.890 euros [...]. La exigencia de atender al pago de obligaciones que ineludiblemente debe satisfacer la Administración y la necesidad de no demorar su abono para no causar perjuicios a terceros afectados».

⁸ M. Rebollo Puig (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid: Marcial Pons, *in totum*. En particular para la parte de los contratos, el capítulo X de esta excelente obra, págs. 339-416. El autor explica que utiliza deliberadamente esa expresión para dar cobijo a las múltiples manifestaciones que encierra el fenómeno, en los que no solo se integran los supuestos de nulidad, sino de otros problemas similares, tales como los de prestaciones de contratos que no llegan a perfeccionarse u otras que, pese a las apariencias, no contaban con ningún contrato que las amparase. Aunque reconoce que los supuestos más importantes son los relativos a los contratos nulos total o parcialmente eje-

fiesto dicho autor, aunque en la práctica los efectos de la nulidad contractual y los del enriquecimiento injusto puedan coincidir, ambas figuras tienen un sentido diferente⁹. La consecuencia, según Rebollo Puig, es que el contratista a través del ejercicio de la *actio in re verso* habría obtenido el mismo resultado que si hubiera ejercido la acción de cumplimiento del contrato¹⁰. Por ello, siguiendo con el riguroso análisis que realiza el autor, «forzoso es reconocer que, en efecto, acudir al enriquecimiento sin causa en vez de aplicar estrictamente el régimen de la nulidad contractual garantiza mejor, en muchos casos, la justicia de la solución y además simplifica los problemas y su respuesta jurídica»¹¹.

Para la jurisprudencia contencioso-administrativa, sobre la base de la aportación doctrinal civilista, la concurrencia del enriquecimiento injusto exige que se den cuatro requisitos¹²:

- a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, de modo que se genere cualquier ventaja o atribución patrimonial que produzca efectos definitivos.
- b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.
- c) La existencia de una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que este sea el efecto de aquél. En fin, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.

cutados (pág. 339). También debe destacarse, del mismo autor (2006), «Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho Administrativo», *Cuadernos de Derecho Local* (QDL), Fundación Democracia y Gobierno Local, 12, págs. 7-37. Con carácter previo se había ocupado de este principio L. Cosculluela Montaner (1977), «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», *RAP*, 84, págs. 185-202. Una aproximación general al principio con amplia referencia a la doctrina civil y administrativa, M. Orozco Muñoz (2015), *El enriquecimiento injustificado*, Navarra: Aranzadi.

⁹ En sus propias palabras: «la drástica destrucción retroactiva del contrato lleva en su germen la producción de enriquecimientos injustos; y, por el contrario, la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa conduce muy frecuentemente a una situación similar a la conservación de los efectos del contrato administrativo nulo, a mantener la situación como si hubiera mediado un contrato válido o, al menos, a dulcificar la destrucción retroactiva de los efectos del contrato inválido» (*idem*, pág. 344).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, pág. 351.

¹² Entre las muchas sentencias, STS de 11 de mayo de 2004, FJ 4º, RJ 2004/3949. ECLI:ES:TS:2004:3180.

d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del consecuente empobrecimiento que se hubiera producido¹³.

En esa jurisprudencia el tema se enfoca no tanto desde la destrucción de los efectos derivados de la nulidad del contrato, sino, como destaca Rebollo Puig, deshaciendo los enriquecimientos injustos que se hayan generado, de modo que el resultado final se asemeje mucho al que habría producido la validez del contrato¹⁴. La idea subyacente es que la aplicación de la liquidación del contrato derivada de la nulidad no sería suficiente para evitar los enriquecimientos injustos producidos. Los ejemplos son múltiples¹⁵, tales como la construcción del cine-teatro municipal de Archena sin seguir el procedimiento necesario (STS de 21 de abril de 1976, RJ 2346), la adjudicación de un contrato de obra para la construcción de la piscina de Boñar que es anulado (STS 29 de octubre de 1980, RJ 3964), la adquisición de los secráfonos para el ejército sin consignación presupuestaria (STS de 15 de diciembre de 1982, RJ 7974), la construcción del pozo de Quintanilla de Tres Barrios sin procedimiento (STS de 27 de marzo de 1983, RJ 2369) o el contrato verbal para la pavimentación de una calle (STS de 21 de marzo de 1991, RJ 2013). Esta última sentencia recoge la idea que está presente en la satisfacción de las prestaciones efectivamente realizadas en favor de la Administración sobre la base de un contrato nulo, resaltando la idea de que, aunque no se hubiera formalizado el contrato, se ha producido un beneficio para la Administración. En esta esclarecedora sentencia, se puede encontrar una explicación sobre el alcance y significado de este principio cuando afirma que:

[...] el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa —enriquecimiento y empobrecimiento— al no

¹³ En el Informe 76/21 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pone el acento en otros aspectos, tales como: a) que el particular haya llevado a cabo prestaciones de modo efectivo; b) que tales prestaciones no se deban de modo exclusivo a su propia iniciativa; c) que no se ejecuten de modo que revelen una voluntad maliciosa por el anterior contratista; d) que tengan su origen en hechos emanados de la propia Administración, que hayan causado la razonable creencia de que el tercero debía colaborar mediante la ejecución de las prestaciones.

¹⁴ M. Rebollo Puig (1995, pág. 345).

¹⁵ Una muestra amplia de esa jurisprudencia se encuentra en la monografía de M. Rebollo Puig (1995) y también en L. Martín Rebollo (2004), «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, págs. 575-659.

venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara¹⁶.

Los caracteres que se pueden extraer de esa doctrina jurisprudencial son:

- a) los Tribunales anulan los contratos nulos y evitan que se produzca el enriquecimiento injusto en favor de la Administración;
- b) se parte de la idea de que la liquidación del contrato nulo y la restitución de las prestaciones realizadas es insuficiente para afrontar el problema, de ahí que se recurra al principio de la prohibición del enriquecimiento injusto;
- c) el enriquecimiento injusto es una fuente autónoma de generación de las obligaciones que deriva de una situación fáctica, como es la realización de unas prestaciones con un desequilibrio patrimonial¹⁷.

Un ejemplo relevante, por la importancia de la actividad y lo dilatado en el tiempo de la situación, lo encontramos en la STS de 14 de octubre de 2015 (RJ 2016/78, caso *depósitos judiciales*)¹⁸, que ratifica la sentencia de instancia que admitió la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. Durante más de veinte años la empresa fue recibiendo en concepto de depósito judicial vehículos y otros bienes como consecuencia de diligencias judiciales y policiales sin que hubiera un contrato que amparase tales actuaciones, aunque «el

¹⁶ STS de 21 de marzo de 1991 (RJ 2013), FJ 5º.

¹⁷ Certeramente esta idea del valor fáctico y fuente autónoma de las obligaciones es destacado nuevamente por Rebollo Puig: «el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones que parte o se conecta con “hechos jurídicos” en estos casos la realización de unas prestaciones con desequilibrio patrimonial», añadiendo que «siendo nulo el contrato, se toman en consideración ciertos hechos como tales, no como otro negocio jurídico; la obligación no tiene su origen en nuevo negocio jurídico sino de un principio general que la hace nacer de ciertos hechos» (1995, pág. 405). En este mismo sentido, L. Martín Rebollo destaca que «es fundamental a este respecto retener que se está al margen de la relación contractual, pues se parte de la nulidad del contrato o su modificación y de la inexistencia, entonces, de vínculos obligacionales» (2004, pág. 625). Igualmente, aunque utilizando la idea de contrato inexistente, se pronuncia J. L. de Vicente Domingo al afirmar que «cuando nos encontramos con contratos inexistentes o prestaciones complementarias, o modificaciones no aprobadas previamente pero ejecutadas, deberíamos entender que en este caso ni siquiera procede la declaración de nulidad de lo inexistente, sino la búsqueda de una fuente de la obligación alternativa a la del contrato; en consecuencia, la declaración de haber recibido la prestación y la existencia de un enriquecimiento que debe ser satisfecho no exigiría ningún acuerdo previo de declaración de nulidad de un contrato que no ha tenido lugar», J. L. de Vicente González (2005), «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local», *RAJ* 168, pág. 426-427.

¹⁸ ECLI:ES:TS:2015:4462.

hecho cierto de que los servicios se han prestado a ciencia y paciencia de la administración», de modo que «no puede resultar indiferente, a estos efectos, la actitud que la administración a lo largo del tiempo, con una pasividad no justificada, pues ante la gravedad del problema debió arbitrar mecanismos hábiles para su solución, impidiendo al menos que el problema adquiriese las dimensiones que con el paso del tiempo ha ido cobrando». Otro supuesto en el que se acepta la aplicación del principio considerado es el enjuiciado en la STS de 28 de enero de 2016 (RJ 437, caso *ICA informática*)¹⁹. En él la DGT, en un *curso e-learning* contratado, introdujo algunas modificaciones sin formalizar, lo que generó un aumento del coste. Después de ello la misma Administración se negó a pagar alegando la nulidad de la modificación, sin que tampoco reconociera los documentos en los que había pedido la introducción de aquellos cambios. Ante la oposición mostrada por la Administración para pagar por no haberse respetado las reglas de la contratación pública, «la Sala discrepa de la consideración de que para que exista un enriquecimiento injusto sea preciso someterse a los criterios formales de la contratación, pues en ese caso no sería necesario acudir a dicha doctrina, sino a la reclamación en términos de cumplimiento contractual» (FJ 4º), sin que ello implique una convalidación de la Administración. La sentencia destaca una de las ideas esenciales en esta problemática al afirmar que «lo que se trata es de determinar si la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma» (FJ 4º). Es decir, la nulidad no es obstáculo al pago, dado que la fuente de la obligación no se encuentra en el contrato.

En otras ocasiones, se ha recurrido al principio de continuidad de los servicios públicos para justificar la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. Esto ha sucedido, fundamentalmente, cuando se ha prorrogado la duración del contrato más allá de su duración con el fin de evitar la paralización de su funcionamiento con perjuicio para la Administración y los usuarios de los servicios públicos afectados (p. ej., el servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos)²⁰.

¹⁹ ECLI:ES:TS:2016:166.

²⁰ En este sentido el Informe 76/21 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. En este informe se indica que las prestaciones, «no obstante fundarse en una situación patológica desde el punto de vista de la legislación de contratos públicos, exige la compensación de los gastos en que efectivamente haya incurrido el anterior contratista con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa»; añadiendo que «estas prácticas deben limitarse en el tiempo a lo estrictamente imprescindible al constituir una patente infracción de la regulación de los contratos públicos, que no puede aceptarse, y que sólo puede justificarse por causas ineludibles de interés público y *con exclusivo fundamento en la necesidad de continuidad de un servicio público imprescindible para los ciudadanos*» (conclusiones del informe). En esta misma línea, se suele destacar el Informe 4/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que se decanta por la adopción de un acuerdo de continuidad del servicio ante la expiración del plazo con igual fundamento. Este último informe es criticado por la Agencia Valenciana Antifraude (2020) en el sentido de que esa

Lo relevante es que la jurisprudencia acude al principio de prohibición del enriquecimiento injusto ante la negativa de la Administración a pagar a los proveedores las prestaciones satisfechas a su encargo sobre la base de la existencia de un contrato nulo²¹. En buena medida fue una reacción para poner coto al abuso de la Administración frente al impago de las prestaciones de las que se había beneficiado. La Administración, que es mala perdedora, reacciona esgrimiendo un aspecto formal: si el contrato es nulo, previamente debe declararse esa nulidad por la vía de la revisión de oficio, con lo que complica y demora su obligación de pago.

No obstante haber sido un criterio jurisprudencial consolidado, en los últimos años su utilización también ha tendido voces detractoras, al intentar poner freno a su uso generalizado sobre la base de su presunto carácter subsidiario o excepcional o, incluso, asociándolo a vías fraudulentas o favorecedoras de la corrupción²². En este último sentido, la Agencia Valenciana Antifraude (2020) ha afirmado que «el uso abusivo del enriquecimiento injusto “normaliza” la huida de la legítima condición de contratista por los cauces legales (procedimientos de licitación con publicidad y concurrencia competitiva), y abre la puerta a los conflictos de intereses al “legitimar” pagos por encargos al margen de los cauces legales»²³.

En cualquier caso, la concepción del enriquecimiento injusto como un mecanismo subsidiario, excepcional o de *ultima ratio* (aunque esto no sea un aspecto

solución únicamente era posible antes de que se regulara expresamente la prórroga de los servicios en el art. 29.4 LCSP, que establece unos requisitos más restrictivos para ello.

²¹ Como destaca M. Orozco Muñoz, es precisamente la nulidad uno de los supuestos en los que se recurre a esta figura: «si la ineficacia del enriquecimiento dimana de la nulidad de pleno derecho del acto o negocio a cuyo amparo fue realizado estaremos realmente ante un enriquecimiento injustificado originario (*quod nullum est nullum effectum producit*) y, por tanto, la obligación restitutoria surgirá desde el mismo instante en que dicho enriquecimiento se produjo, con independencia de cuál sea el momento en que se dicte el acto o sentencia que declaren, a *posteriori*, esa nulidad» (2015, págs. 256-257).

²² Esa idea de *ultima ratio*, destacando su carácter excepcional y subsidiario, está muy presente en la doctrina más reciente del Consejo de Estado. Sobre su carácter fraudulento o favorecedor de prácticas corruptas, la Recomendación General Enriquecimiento Injusto de la Agencia Valenciana Antifraude de 11 de mayo de 2020.

²³ Lo cierto es que la Recomendación de la Agencia Valenciana Antifraude, en el enfoque tan negativo que hace del enriquecimiento sin causa, no extrae consecuencias adecuadas a las razones por las que se ha generalizado su uso en el ámbito administrativo, asociándolo a prácticas fraudulentas o corruptas. No se pregunta por qué en el ámbito sanitario se ha producido un aumento de estas prácticas, cuál es la raíz del problema, que, como se ha apuntado, viene asociado fundamentalmente a una infradotación presupuestaria que es bastante conocida. La propia infradotación presupuestaria o de personal lo asocia con la realización de prácticas fraudulentas o corruptas, de modo que se llega a identificar el incumplimiento de la legalidad administrativa con aquellas prácticas, al margen de cuál sea la situación en cada Administración o servicio administrativo, de modo que todo va al mismo saco. Se trata de una visión simplificadora del problema.

claro en su configuración)²⁴, unido al prejuicio de asociarlo a la existencia de prácticas fraudulentas o corruptas desligadas de las necesidades de la Administración, ha ocultado destacar su verdadera naturaleza como fuente autónoma de las obligaciones y la búsqueda de un procedimiento adecuado, favoreciendo otras vías más formales o procedimentales que tampoco con el tiempo parecen adecuadas, debido a que el problema de fondo subyace.

La cuestión de si es posible utilizar la vía del enriquecimiento injusto ha vuelto a plantearse ante el Tribunal Supremo, que ha admitido la existencia de interés casacional para determinar si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en casos en los que no está permitida la contratación verbal²⁵.

2. REVISIÓN DE OFICIO

Frente al éxito inicial en la jurisprudencia del enriquecimiento injusto y la existencia de un contrato nulo²⁶, la Administración ha generado una traba for-

²⁴ La doctrina del enriquecimiento injusto no otorga al carácter subsidiario un carácter esencial o determinante de esta institución, llegándose, incluso, a rechazar esa pretendida cualidad. Así lo afirma M. Rebollo Puig «tal subsidiariedad fue inicialmente reconocida por la jurisprudencia y doctrina administrativas, pero hoy no cabe reconocerla como característica esencial» (1995, pág. 180). En este mismo sentido, V. S. Baca Oneto, que expone la amplia posición doctrinal en materia civil que niega ese carácter subsidiario (2006, pág. 362 en nota 1229). Un examen crítico de esta cualidad en M. Orozco Muñoz (2015, págs. 339-344).

²⁵ ATS de 3 de febrero de 2022, JUR 66280 (ECLI:ES:TS:2022:1408A). Mediante STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2020 se estimó el recurso de apelación (JUR, 347115, ECLI:ES:TSJCAT:2020:8307) contra una sentencia del juzgado de instancia, al haberse entendido que era de aplicación el principio de prohibición de enriquecimiento injusto ante unas facturas presentadas por prestación de servicios profesionales de asistencia jurídica a un ayuntamiento, cuya deuda había sido reconocida por el alcalde. El juzgado de instancia había denegado la reclamación por no haberse suscrito un contrato entre las partes, aunque estaba acreditado documentalmente los diferentes procedimientos en los que se intervino y el reconocimiento de deuda que había efectuado la Administración. Cuestión que en el momento de cerrar este trabajo no ha sido resuelta.

²⁶ Dentro de la amplia bibliografía sobre la invalidez del contrato, se puede consultar M. Rebollo Puig (1996), «La invalidez de los contratos administrativos» en *Estudio sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Granada: Comares, págs. 387-437; J. A. Santamaría Pastor (2004), «La invalidez de los contratos públicos», en R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, págs. 365-396; V. S. Baca Oneto (2006), *La invalidez de los contratos públicos*, Navarra: Thomson-Civitas, V. Aguado i Cudolá (2017), «Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos», en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la AEPDA*, Madrid: INAP, págs. 223-272; M. Díez Sastre (2017), «Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», en la misma

mal: es necesario tramitar un procedimiento de revisión de oficio que declare previamente la nulidad del contrato (art. 106 LPC). La revisión de oficio es un mecanismo para declarar la nulidad del acto nulo de pleno derecho por la propia Administración que, al ir en contra del principio de intangibilidad del acto declarativo de derecho, se rodea de unas mayores exigencias formales, especialmente la intervención del Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico. En realidad, opera como una garantía en favor del particular para dificultar la destrucción del acto administrativo, pero esta herramienta en manos de la Administración es capaz de ser alterada en su esencia, convirtiéndose más en un instrumento a su favor que en auténtica garantía.

Se suele citar el Dictamen del Consejo de Estado 1724/2011 como un hito en la aceptación de ese nuevo enfoque: «[...] 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»²⁷. El alto órgano consultivo entendió que, tras la entrada en vigor del art. 35.1 de la LCSP de 2007²⁸, ese era el camino a seguir, sin que fuera necesaria-

obra anterior, págs. 273-316; *idem* (2018) «La invalidez de los contratos públicos», en J. M^a Gimeno Feliú (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 571-597; G. García Álvarez (2018), «Invalidez del contrato público», en I. Gallego Córcoles y E. Gamero Casado (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. I, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 801-834; M. Franch i Saguer (2021), «Régimen jurídico y efectos de la declaración de invalidez de los contratos públicos en España», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 25, págs. 175-212.

²⁷ No obstante, cabe recordar que alguna Administración pública había ya alegado en los tribunales la necesidad de declarar previamente el contrato nulo a través de la revisión de oficio. Es el caso de la STS de 28 de noviembre de 1991 (RJ 9189). Es decir, ante la declaración directa de la nulidad por parte de los tribunales y el reconocimiento de la compensación de las prestaciones satisfechas para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, procesalmente se incorpora en la defensa aquella necesidad, planteamiento que aquella sentencia aceptó separándose así del razonamiento seguido por los tribunales con anterioridad («no es conforme a Derecho, por tanto, apreciar la existencia de un enriquecimiento injusto hasta que se decida sobre la nulidad»); más tarde, la vía de la revisión de oficio sería la que se consolidaría en los órganos consultivos y en la rutina de la Administración pública. Se ha manifestado muy crítico con el ejercicio de la potestad de revisión de oficio F. López Menudo (2022), «La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad», *RAP*, 217, págs. 13-52.

²⁸ En cualquier caso, debe recordarse que el art. 35.1 de la LCSP de 2017 se expresaba en los mismos términos que el art. 47 del RCE de 1975 (del que se criticaba su escaso rango normativo para otorgar ese efecto). Asimismo, como una especie de enmienda o rectificación al planteamiento seguido por el Consejo de Estado, el Informe de la Abogacía del Estado 49/2007 recordaba que el art. 35.1 de la LCSP no era una innovación legal de esa ley, sino que con la misma redacción a nivel legal ya se encontraba en el art. 65 de la LCAP de 1995. En cualquier caso, la frase del Consejo de Estado ha tenido bastante éxito en la doctrina de los órganos consultivos que reproducen aquella referencia de manera reiterada.

rio ni aludir al enriquecimiento injusto ni a la responsabilidad extracontractual, puesto que aquel artículo «claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual». De este modo se afirma que:

[...] el art. 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 art. 35 regula para cuando se produzca tal nulidad. (Dictamen del Consejo de Estado 1724/2011).

Este planteamiento cuajó en la doctrina de los diferentes órganos consultivos e, incluso, llegó a la Administración a estandarizar este cauce para poder afrontar el problema de las prestaciones realizadas sobre la base de un contrato nulo, exigiendo que previamente se llevara a cabo la revisión de oficio²⁹. Esta solución le dio a la Administración un cauce formal y una rutina para poder afrontar el pago de las prestaciones realizadas sobre la base de un contrato nulo: para reconocer la compensación en favor del promotor se debía tramitar previamente aquel procedimiento, que se estandariza y se integra en el quehacer administrativo. No obstante, en la doctrina de los órganos consultivos se destaca el carácter excepcional de este procedimiento, es decir, que no existan otras vías específicas para afrontar la situación de pago, así como también la importancia de los límites al ejercicio de las facultades revisoras previstas en el art. 110 de la LPC (tiempo transcurrido, prescripciones de acciones, etc.).

No obstante, la práctica de la revisión de oficio pone de manifiesto otra idea: el pago de las prestaciones realizadas no parece derivar en realidad de la nulidad declarada, es decir, no se está aplicando el efecto de liquidación y restitución característico, sino que más bien proviene de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento sin causa. De esta forma, el razonamiento no es coherente con la vía utilizada. Un ejemplo de lo dicho vendría a ser el caso, ya citado, enjuiciado en la STS de 13 de junio de 2022 (caso *Acciona Infraestructuras S.A.*). En su respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal entiende que

En definitiva, que de la LCSP de 2007 no se infería que necesariamente debía seguirse la vía de la revisión de oficio, porque previsiones similares ya existían.

²⁹ En este sentido, la Circular 6/2004 de 23 de junio de la intervención general del Gobierno de Canarias, por la que se dictan instrucciones en materia de omisiones de fiscalización producida en los expedientes administrativos elevados a la consideración del Gobierno, de conformidad con los criterios establecidos por el Gobierno mediante Acuerdo de 12 de mayo de 2004; la Instrucción 12/11 de la directora del Servicio Canario de la Salud, de fecha 15 de noviembre de 2011, por la que se establecen las actuaciones a seguir por los órganos de contratación para la declaración de nulidad en los expedientes de contratación administrativa.

el fundamento del pago, al que se atribuye naturaleza indemnizatoria y no contractual, deriva de la aplicación del principio estudiado, aunque para ello se debió constatar previamente la causa de nulidad a través del procedimiento de revisión de oficio. Lo lógico de seguir la vía de la nulidad (revisión de oficio) es haber aplicado sus consecuencias; sin embargo, se justifica en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto³⁰. Esto tiene sentido si se concibe el efecto de restitución como una forma de compensar el enriquecimiento injusto. Cuando el art. 42.1 de la LCSP de 2017, así como sus predecesores, señala que de no ser posible la restitución se devolverá su valor, se está afrontando el problema de evitar aquel enriquecimiento injusto; es una idea implícita dentro del sistema³¹. Por ello, no es infrecuente que se suela hacer referencia a dicho principio en el contexto de los procedimientos de revisión de oficio previos al abono de las prestaciones realizadas sin la correspondiente cobertura jurídica. Se llega al mismo resultado, pero dentro de la complejidad del cauce formal de la revisión de oficio.

Otro ejemplo lo proporciona el Dictamen del Consejo de Estado 906/2019 en la que se da cuenta de una propuesta de resolución de revisión de oficio por haberse adjudicado un contrato para la prestación del servicio de seguridad biológica y mantenimiento de las instalaciones del centro de investigación en sanidad animal (CISA). Tras una serie de vicisitudes burocráticas³², la adjudicación se había realizado sin respetar el procedimiento, no obstante, el servicio se había

³⁰ El Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 189/2022 expresa la idea con claridad cuando afirma que «al objeto de compensar al contratista por las prestaciones ejecutadas —a favor de la Administración— en cumplimiento de un contrato nulo de pleno derecho (evitando así, el correspondiente enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración pública), procede acudir al procedimiento de revisión de oficio».

³¹ El Dictamen del Consejo de Estado 554/2017 aplicó el art. 35 del TRLCSP (hoy art. 42.1 LCSP de 2017) en relación con la declaración de nulidad de un contrato menor que se había adjudicado sin procedimiento en el que, sin hacer referencia al enriquecimiento sin causa, su idea está latente, al usar expresiones tales como «en la medida que la Administración se aprovechó de las prestaciones recibidas».

³² Estas trabas burocráticas son las determinantes de la situación generada y la necesidad de adjudicar el servicio ante el peligro biológico que podía generarse si se quedaban sin servicio. El desencadenante de la situación fue la renuncia a la formalización del contrato debido a las pegas de un jefe de servicio, de modo que se pide a la otra empresa que asuma el servicio, con declaración de emergencia y toma de razón por el Consejo de Ministros; se vence el plazo y se decide una prórroga con nueva declaración de emergencia, aunque la intervención repara el uso de esa vía y ello genera un retraso administrativo. Mientras tanto la empresa sigue prestando el servicio. Es decir, es un contexto en el que la Administración está tramitando un procedimiento de contratación e intentando cumplir todos los trámites, al mismo tiempo que no puede dejar de prestar el servicio ante la gravedad de la situación que se puede generar. A todas estas, el Consejo de Estado entiende que no se ha producido una contratación verbal dado que la tramitación de emergencia y la solicitud del servicio «supone un soporte documental, insuficiente a todas luces, pero con soporte documental al fin y al cabo, *de la prestación contractual desplegada*».

prestado, motivo por el cual la Administración propuso que «procede restituir el enriquecimiento de la Administración y el correlativo empobrecimiento de la contratista». A pesar de todos los reparos que la intervención y el propio Consejo de Estado manifiestan ante la irregular situación, se reconoce en los informes que en caso de quedarse sin el citado servicio de bioseguridad «podría producirse una indeseada liberación de patógenos por falta de medidas de biocontención, que pondría en grave peligro la cabaña ganadera en España»³³.

Por otra parte, aunque la revisión de oficio se utiliza en todos los supuestos de nulidad, los más frecuentes son aquellos en los que se ha adjudicado sin seguir el procedimiento (lo cual, a su vez, abarca una gran diversidad de supuestos)³⁴, no existe consignación presupuestaria o se han prolongado las prestaciones más allá del plazo de duración del contrato. A pesar de ello, están apareciendo algunas matizaciones dependiendo de los supuestos. Así, por ejemplo, se comienza a diferenciar dentro de la causa de omisión del procedimiento subespecies a los que se da uno u otro tratamiento. Esto sucede con la denominada contratación verbal que bien se subsume en la causa general indicada o reconduciéndolo a una situación de contrato inexistente, como veremos más adelante. Independientemente de ese planteamiento, el propio Consejo de Estado ha apuntado algún matiz diferenciador, según existe un rastro documental o no del contrato, lo cual tiene repercusiones sobre la vía de la revisión de oficio, decantándose por utilizar únicamente esta vía «sólo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera del contrato... al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago...»³⁵.

³³ No obstante, a pesar de la situación de grave peligro biológico existente y de la clara voluntad de seguir los cauces procedimentales, pese a las irregularidades, las críticas del órgano consultivo son muy duras. Afortunadamente, la prestación irregular del servicio con incumplimiento de la normativa contractual impidió una posible pandemia, dado que de haberse seguido todos los trámites se estaría respetando la legalidad contractual, pero, según se indicaba en los informes, «sin servicio de bioseguridad, podría producirse una indeseada liberación de patógenos por falta de medidas de biocontención». La Ley de Contratos es importante, pero la salud y el bienestar animal y sus posibles repercusiones sobre las personas, lo son más.

³⁴ Son innumerables los dictámenes de los órganos consultivos que se pronuncian en los procedimientos de revisión de oficio sobre la contratación verbal, a modo de ejemplo sirvan algunos dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña: 68/2012, 333/2012, 206/2013, 361/2014, 191/2015, 3/2016, 41/2016, 244/2016. Por otra parte, F. J. Bauzá Martorell manifiesta que el uso de la revisión de oficio en la contratación verbal «constituye una perversión de esta institución jurídica» (2016, pág. 239).

³⁵ Dictamen del Consejo de Estado 606/2020. No obstante, esa doctrina se expresa dentro de un contexto en el que no existe una línea clara, puesto que previamente, en el Dictamen del Consejo de Estado 456/2000, acepta la aplicación de la revisión de oficio a los encargos realizados a TRAGSATEC de forma verbal. También considera que es correcta la vía de la

En última instancia, el uso generalizado de este cauce comienza a ser cuestionado por los propios órganos consultivos. En cualquier caso, no es una evolución lineal ni unánime. En este sentido, mientras un contrato verbal de los servicios de telefonía en un ayuntamiento o de los servicios de vigilancia y seguridad de los centros de acogida municipales para personas sin hogar son informados favorablemente, se rechaza esa misma revisión para la adquisición de los suministros de productos farmacéuticos debido a la reiteración y el uso excesivo de esta vía por parte de un hospital³⁶.

3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Una parte de la doctrina *iusadministrativa* defendió la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas para reclamar el coste de las prestaciones satisfechas en favor de la Administración pública para evitar el enriquecimiento injusto. Es decir, esta figura se entiende como un título de imputación de aquella responsabilidad³⁷. La *actio in re verso* se subsume bajo el paraguas de la responsabilidad patrimonial administrativa, una solución que ha sido utili-

revisión de oficio y no la de la responsabilidad extracontractual, esta última seguida por las Administraciones públicas en supuestos similares, en el caso de un contrato de suministros adjudicado sin haber llevado a cabo la oportuna retención del crédito y aprobación del gasto (Dictamen del Consejo de Estado 86/2021).

³⁶ Por ejemplo, el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 136/2022 de 7 de abril respecto al contrato verbal de telefonía en un municipio o el Dictamen 75/2022 para el servicio de vigilancia y seguridad de los Centros de Acogida Municipales para personas sin hogar. En contra de la revisión de oficio, entre otros muchos de esta naturaleza, el Dictamen 126/2022 de 30 de marzo de ese mismo año sobre los suministros de productos farmacéuticos del Hospital Universitario de Canarias, en el que se indica que «según se desprende de los innumerables expedientes de nulidad que llegan para ser dictaminados por este Consejo Consultivo (habiéndose emitido hasta la fecha más de doscientos dictámenes en asuntos similares a éste) siguen soslayando las indicaciones que les realiza su servicio jurídico y este organismo, pues continúan realizando contrataciones sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo. Del análisis del presente expediente vuelve a comprobarse la reiteración de este irregular proceder, al omitir en su integridad la aplicación del procedimiento de contratación pública».

³⁷ Así lo defendieron grandes maestros, como E. García de Enterría, T. R. Fernández Rodríguez (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 16 ed., págs. 424-425 (también en ediciones anteriores); J. L. Villar Palasí, (1977), *Apuntes de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid: Artigrafía, págs. 486, 490-491; J. González Pérez (2010), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5ª ed., Navarra: Thomson Reuters-Civitas, págs. 537-541. Asimismo, ante la nulidad del contrato que ha servido de base para la realización de prestaciones en favor de la Administración, incluyendo los supuestos en que no existía contrato previo alguno, igualmente, se ha defendido la posibilidad de ejercer la *actio in re verso* para evitar el enriquecimiento injusto. En este sentido se manifestó F. Garrido Falla (1988), *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, reimpresión de 1987,

zada en ocasiones por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado. Con ello, en esencia, el interesado deberá acreditar que el daño es antijurídico (inexistencia del deber jurídico de soportar el daño), efectivo (real y presente), individualizado en relación a una persona o grupo de personas, evaluable económicamente, así como que se da una relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño producido, que no se ha dado una situación de fuerza mayor y presentar la reclamación dentro del año desde que aquel se produjo.

El Tribunal Supremo ha admitido en la STS de 21 de diciembre de 2021³⁸ la posibilidad de utilizar la vía de la responsabilidad patrimonial para reclamar sobre la base de un contrato declarado nulo de pleno derecho. La cuestión que suscitó el interés casacional era determinar si ante una reclamación por los servicios prestados ante un contrato declarado nulo, la vía adecuada era la responsabilidad patrimonial (la seguida por el recurrente) o la vía de la responsabilidad contractual. Después de pronunciarse sobre las diferencias entre ambas y reconociendo que no siempre esas diferencias pueden plasmarse con total nitidez en la realidad de la actuación administrativa, admite que la declaración de nulidad puede ser título para reclamar vía responsabilidad patrimonial. Para ello, la parte deberá acreditar la concurrencia de sus requisitos particulares, especialmente, la antijuridicidad del daño (FJ 5º).

En el caso particular, reconoce que la vía elegida por el recurrente es la correcta, al entender que el daño irrogado deriva de la previa declaración de nulidad acordada en un procedimiento de revisión de oficio. No obstante, el Tribunal entiende que no se da la antijuridicidad del daño, tanto porque el particular había consentido la revisión de oficio como acto firme (no la recurrió) como porque «a la celebración de los contratos en esas circunstancias de anormalidad, no fue ajena la empresa ahora reclamante, pues aquéllos fueron suscritos por las dos partes, Ayuntamiento y empresa, sin que conste que ninguna de ellas lo hiciese forzosamente, esto es, de manera involuntaria» (FJ 6º)³⁹.

Madrid: Tecnos, págs. 22-23 (también en otras ediciones); en igual sentido, apoyándose en este autor, J. L. Villar Palasí (1977, págs. 434-435).

³⁸ RJ 2022/523 (ECLI:ES:TS:2021:4932), sentencia que resuelve el recurso de casación admitido mediante ATS de 12 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1170A). La empresa había proporcionado vehículos (aproximadamente 200) para su utilización por el Ayuntamiento de Marbella, aunque sin seguir el procedimiento de contratación. La empresa había apoyado su reclamación en la responsabilidad patrimonial; el ayuntamiento defendía que era una responsabilidad contractual, alegando, además, la doctrina del enriquecimiento injusto. La sentencia hace una serie de valoraciones sobre las diferencias entre una y otra clase de responsabilidad (existencia de vínculo previo o no; sometimiento a la LCSP o a la legislación administrativa general, con sus correspondientes diferencias de régimen jurídico de requisitos, procedimiento o prescripción).

³⁹ Un comentario crítico a esta sentencia lo realiza B. Lozano Cutanda (2022), «¿La declaración de nulidad de un contrato del sector público como causa de responsabilidad patrimonial?», Gómez y Acebo&Pombo, disponible en: <https://www.tinyurl.com/24kccmxz>.

Frente a la admisión de la vía de la responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto que defienden parte de la doctrina y de la jurisprudencia, esta última al menos *in abstracto*, el Consejo de Estado se decanta por otorgarle a esta solución un carácter subsidiario y de *ultima ratio*, para cubrir los vacíos del sistema y siempre y cuando no exista una vía específica, sobre todo cuando existe un cierto vínculo contractual⁴⁰:

La invocación del enriquecimiento injusto como fundamento jurídico en un procedimiento de responsabilidad extracontractual es una vía que, por general y supletoria, no puede acogerse en este tipo de casos *que presentan un claro vínculo con una relación contractual, aunque ésta se haya extinguido* (se trataba de la prolongación de los efectos de un contrato previo). La responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto debe considerarse, por tanto, como una suerte de *ultima ratio*, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico.

El panorama no es nada claro. La jurisprudencia admite la vía, pero al entender que el particular colabora en la causación del daño, considera que este no es antijurídico. La doctrina del Consejo de Estado se decanta más por la responsabilidad contractual, haciendo una interpretación amplia y generosa del contrato previo, y le otorga a la responsabilidad extracontractual un carácter subsidiario, cuando no quepa otra vía.

4. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La vía de la responsabilidad contractual para hacer frente al abono de los gastos soportados por los empresarios cuando realizan prestaciones en favor de la

(última consulta: 1/08/2022). Entiende que ante la declaración de nulidad deben aplicarse los efectos del art. 42 de la LCSP, es decir, aplicar la liquidación del contrato con efecto restitutivo.

⁴⁰ Dictamen del Consejo de Estado 606/2020. Se trataba del contrato de servicio de grúas en la ciudad de Melilla que se había extinguido, a pesar de lo cual el contratista siguió prestando el servicio a requerimiento de la Administración. La solicitud de las cantidades adeudadas por la prestación del servicio satisfecho se canalizó a través de una reclamación de responsabilidad patrimonial, que el Consejo de Estado rechaza diciendo que se trata de una relación contractual, aunque estuviera vencida («el incuestionable contexto contractual»; «la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido»; «obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual»). El dictamen tiene un voto particular que rechaza que la relación sea contractual y defiende la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. En otro caso similar, extinción del servicio de ayuda domiciliaria de carácter social, se continúa la prestación hasta que se adjudica el nuevo contrato. La Administración tramita las reclamaciones a través de la vía de la responsabilidad extracontractual, mientras que el Consejo de Estado señala que se trata de una responsabilidad contractual (Dictamen del Consejo de Estado 1112/2019).

Administración, aunque sin la correspondiente cobertura jurídica, ha sido defendida sobre todo por la doctrina del Consejo de Estado. La idea aquí es que aquellos gastos tienen una relación directa o indirecta con un contrato o una actividad contractual más o menos formalizada, que no puede ser reconducida a la responsabilidad extracontractual. Se podrían encuadrar dentro de esa responsabilidad las siguientes situaciones:

- Contratos adjudicados y formalizados.
- Contratos extinguidos que prolongan sus prestaciones más allá de su plazo de duración⁴¹.
- Contratos que no fueron adjudicados o formalizados correctamente, pero en los que existe cierta base documental (trámites incompletos)⁴².

En todas esas situaciones, que encajan en supuestos de nulidad absoluta, se estima que existe una responsabilidad contractual, frente a otras posibles vías que fueron utilizadas por la Administración o los particulares (responsabilidad extracontractual o enriquecimiento injusto). El contrato previo o las actuaciones preparatorias se convierten en la referencia de esas prestaciones. Sobre todo, ello permite tomar como referencia los precios y cuantías existentes en esos contratos para cuantificar el valor de las prestaciones realizadas.

5. RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS

El reconocimiento extrajudicial de créditos (REC) ha sido otra de las vías utilizadas para satisfacer el enriquecimiento injusto generado en favor de la Administración cuando esta ha recibido prestaciones efectivas de forma irregular. La clave aquí es determinar si existe un crédito exigible en favor del particular frente a la Administración, que se limita a reconocer su existencia para proceder a su abono. Sobre la base de diversas previsiones normativas, reconoci-

⁴¹ Por ejemplo, Dictamen del Consejo de Estado 1112/2019 (CLECE S.A.), Dictamen del Consejo de Estado 606/2020 (grúa y depósito de vehículos).

⁴² Así lo expresa el Dictamen del Consejo de Estado 606/2020 citado: «[...]el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación contractual que previamente unía a la Administración y al contratista, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación —aunque sin llegarse a la adjudicación y formalización— y que, en todos estos supuestos, las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose». También este enfoque está presente en el Dictamen del Consejo de Estado 906/2019 (CISA, sobre servicios de seguridad biológica), en el que, pese a no haber adjudicado correctamente el contrato, se daban una serie de trámites administrativos.

das sobre todo en el ámbito de la Administración local⁴³, la discusión se ha centrado, no obstante, en si debía o no tramitarse previamente un procedimiento de revisión de oficio, pudiendo encontrarse pronunciamientos contradictorios en el ámbito judicial⁴⁴. En la mayoría de los casos en que se recurre al REC no se sigue el procedimiento de revisión de oficio, es decir, se utiliza esta vía precisamente para evitarla⁴⁵.

En esta misma línea cabe traer a colación la previsión contenida en el art. 28 del 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. Este precepto regula el supuesto en que se hubiera omitido la función interventora cuando fuera preceptiva, de tal modo que, para proceder al pago de las prestaciones realizadas sin haber respetado ese requisito, se establecen unas exigencias particulares. La intervención a través de un informe cuyo contenido viene predeterminado da a conocer las circunstancias que han determinado aquella prestación. Lo importante, a los efectos de ese informe, es que a la intervención le corresponde valorar la procedencia o no de acudir a la revisión de oficio de los actos en función de si se han realizado o no las prestaciones. El daño vendría determinado, según el precepto, por la responsabilidad patrimonial derivada del enriquecimiento injusto generado por la realización de la prestación en favor de la Administración. De este modo, aparecen aquí nuevamente unificadas todas las ideas subyacentes: la nulidad, la revisión de oficio, la responsabilidad y el enriquecimiento injusto. Ahora bien, más allá de la vía concreta, lo relevante es que «por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar la revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone» —art. 28.2, e) del

⁴³ En este sentido, el art. 60.2 del RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo I del título VI de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre de 1988, Reguladora de las Haciendas Locales, (hoy TRLHL de 2004), al disponer 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, puesto ahora en relación con el art. 176 del TRLHL de 2004.

⁴⁴ Da cuenta de esa realidad A. Leiva López (2021), «La prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración Pública y el reconocimiento extrajudicial de créditos», *RVA?* 120, págs. 231-250, quien se pronuncia en contra de la necesidad de utilizar la vía de la revisión de oficio, en línea con la doctrina expuesta en varias sentencias judiciales.

⁴⁵ Así lo puso de manifiesto el Informe del Tribunal de Cuentas 1415 sobre fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018. De los 798 expedientes analizados, la mayoría eran casos en los que se carecía de contrato o no se disponía de crédito suficiente, o ambas causas. Ahora bien, las razones que se esgrimen para acudir a este procedimiento son muy variadas, muchas de las cuales tienen que ver con cuestiones de tramitación administrativa. También destaca que en todos esos expedientes no se pidieron responsabilidades administrativas. El informe está disponible en abierto en la web del Tribunal de Cuentas.

citado RD—. Evidentemente, todo ello es sin perjuicio de las responsabilidades en las que se hubiere podido incurrir (inexistentes).

En cualquier caso, el ordenamiento ha establecido un cauce en el que la revisión de oficio no es la única salida para afrontar la nulidad del contrato (o acto) cuando las prestaciones se hubieran realizado. Debe entenderse que en los casos en que no proceda la revisión por razones de economía procesal (no sería menor la cuantía a satisfacer si se sigue la vía de la revisión de oficio), se da un reconocimiento extrajudicial de créditos como cauce *ad hoc*. En realidad, este procedimiento no está convalidando ninguna actuación ilegal, que sigue siendo irregular⁴⁶.

Pese a las críticas recibidas por el precepto y su imprecisión técnica, tan solo está abordando un problema de enriquecimiento injusto; es decir, está afrontando la necesidad de justificar un pago por una prestación realizada en favor de la Administración, una verificación de que aquella prestación ha sido realizada de forma irregular. Ni subsana la actuación, ni convalida nada porque se mueve en otra esfera: el reconocimiento injusto que tiene como base una situación fáctica al margen de la legalidad o no de esa situación, aunque no sea capaz de usarla con precisión debido a que todos esos enfoques se han utilizado, de modo que lleva todos ellos a la regulación normativa del problema al que se enfrenta.

III. EN PARTICULAR, LAS OTRAS VÍAS ALTERNATIVAS EXPLORADAS

1. REVISIÓN DE OFICIO CON MODULACIONES PROCEDIMENTALES

Dentro del contexto de la invalidez del contrato y tomando como fundamento evitar el principio de enriquecimiento injusto de la Administración, la legislación extremeña reaccionó al problema considerado introduciendo algunos matices, a través de un art. 39 recogido en la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable. El citado precepto se rubrica genéricamente como «reconocimiento de obligaciones» y prevé la situación en la que «las obligaciones derivadas de una prestación solicitada, consentida y recepción

⁴⁶ Critican esta solución entendiendo que debe seguirse siempre la revisión de oficio P. Boix Mañó y T. Vidal Martín (2021). También J. I. Valero Escribano (2015, pág. 174). En contra de la revisión de oficio, se manifiesta J. Martínez Hellín quien destaca que el reconocimiento extrajudicial de créditos es tan solo un procedimiento y no un título de imputación. Al entender que en la contratación verbal se da un supuesto de contrato inexistente, no procede por ello utilizar la revisión de oficio, siendo más correcto acudir al enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones de pago —J. Martínez Hellín (2019), «Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto de la necesidad de acudir a la revisión de oficio», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8, Wolters Kluwer (edición digital), 17 páginas.

nada de conformidad con la Administración autonómica» se hayan llevado a cabo «sin la plena observación de lo dispuesto por la normativa de contratación del sector público». En este caso, para el reconocimiento de esas obligaciones, diferencia dos situaciones. De un lado, si los vicios fueran subsanables, en cuya situación se deberá proceder a la correspondiente subsanación antes de ese reconocimiento. Es una hipótesis, como sabemos, menos frecuente dentro de la contratación irregular, luego es de esperar que esta vía aporte pocas soluciones. De otro lado y con mayor interés, se tratan aquellos supuestos de nulidad absoluta cuyo tratamiento se remite a la revisión de oficio. Sin embargo, en ese procedimiento se van a reconocer las cuantías adeudadas por la prestación realizada, que es la novedad verdaderamente importante, añadiendo algunas especialidades procedimentales.

En el contexto de esa revisión de oficio se incorporan una serie de trámites dirigidos a reconocer la obligación contraída por la prestación, efectivamente realizada al margen del procedimiento contractual. En esencia, el órgano de contratación deberá verificar, primero en una propuesta y después en una resolución que deberá comunicar al Consejo de Gobierno, los siguientes extremos: a) las circunstancias que originaron la concertación de la prestación con omisión de los trámites preceptivos aplicables; b) la realidad de la prestación así como su recepción de conformidad por la Administración; c) la buena fe del prestatario, la forma y determinación de la cuantía; d) el análisis sobre su procedencia o no de proseguir el procedimiento (resolución en firme y comunicación al Consejo de Gobierno); e) el procedimiento debe tramitarse en el plazo de seis meses, con informe preceptivo del órgano de recurso contractuales emitido en el plazo de quince días; f) ese procedimiento es independiente de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido autoridades y personal al servicio de la Administración.

En este caso, dentro del mismo procedimiento de revisión de oficio, se han incorporado una serie de especialidades tendentes a reconocer la cuantía de la prestación efectivamente realizada sin seguir las reglas contractuales, dando cuenta de las razones por las que esa situación tuvo lugar.

2. LA VÍA DEL CONTRATO INEXISTENTE

2.1. Como elemento para trasladar la responsabilidad al empresario

No todos los mecanismos tienen por objetivo pagar al contratista, sino todo lo contrario. La figura del contrato inexistente⁴⁷ ha entrado en escena para tras-

⁴⁷ Como explican García de Enterría y Fernández Rodríguez, el acto inexistente, que ha sido y es causa de polémica, a diferencia de la nulidad, se daría cuando el acto carezca de exigencias elementales, obvias y evidentes, por ello puede ser pura y simplemente desconocido sin que sea necesario una declaración previa como sucede en la nulidad. En el acto inexistente le faltan los requisitos para poder ser considerado como tal acto, le falta la propia apariencia de acto —E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez (2020), *Curso de*

ladar la responsabilidad al empresario que participa en la situación irregular, de modo que esa circunstancia permita no abonar los gastos en que ha incurrido por las prestaciones satisfechas en favor de la Administración⁴⁸. El empresario viene a ser un colaborador necesario de la Administración en la generación de la causa de nulidad. Es más, se considera que la infracción es tan grosera y grave que ni siquiera se subsume dentro de la causa infracción del procedimiento legalmente establecido, de ahí que se afirme que estemos en presencia de un contrato inexistente. La condición de profesional de la contratación, al que se le presupone que conoce la normativa contractual y los requisitos para contratar con la Administración, juega en contra del empresario hasta el punto de negarle cualquier compensación por los gastos que genera la prestación realizada. Ilustra bastante bien esta posición la STS de 16 de junio de 2021 (RJ 2978, caso *FEVE*)⁴⁹, en cuyo análisis merece detenerse.

El supuesto de hecho tiene cierta complejidad, apareciendo en escena varias de las vías ya expuestas para afrontar el problema que se está abordando, en este caso, la revisión de oficio de los contratos nulos y la acción de responsabilidad

Derecho Administrativo, t. I, 19ª ed., Thomson Reuters-Civitas, págs. 663 y 666 y 667—. En cualquier caso, el problema se plantea por la interferencia de los poderes exorbitantes de la Administración. Por ello, los citados autores advierten que la categoría únicamente puede reducirse a aquellos supuestos en que los «actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efecto. Estos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material —y, por supuesto, jurídico— alguno» (*ibid.*, 607). Sin embargo, como se expondrá en texto, esta última vertiente garantista es olvidada cuando se utiliza.

⁴⁸ Se expresó a favor de esta solución E. Rivero Ysern (2003), «Procedimiento y contrato administrativo. Reflexiones sobre los contratos verbales de ejecución de obras y el enriquecimiento injusto», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas, págs. 575 y ss. Según este autor, en un caso de contratación verbal no existe ningún tipo de contrato (pág. 581), manifestándose crítico en relación con las prestaciones derivadas de contratación verbal y la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto, «es una antinomia entre, por una parte, el principio general del derecho, la prohibición del enriquecimiento injusto, que se produciría mediante la utilización de la obra pública ejecutada y apta para su uso, y el ordenamiento jurídico contractual, que prohíbe los contratos verbales» (pág. 583), de tal modo que «incluso en los casos en los que la obra realizada reúne los requisitos para abrirla al uso público, al contratista no debería abonársele la obra realizada» (pág. 584). Tal y como se indicó, también utiliza la idea del contrato inexistente, pero para aplicar el enriquecimiento injusto, J. L. de Vicente González, diferenciando esa figura de aquellas otras en las que existe una apariencia de legalidad y forma de un contrato en ejecución, esta última es la que necesitaría la declaración de nulidad (2005, págs. 430, 440).

⁴⁹ ECLI:ES:TS:2021:2555.

patrimonial⁵⁰. En este supuesto no estamos en presencia de una prestación realizada en favor de la Administración por la que se pudiera generar un enriquecimiento injusto. En realidad, se trata de una modificación del contrato al margen del procedimiento, pero que no se materializa en una prestación efectiva. Por tanto, no estamos en presencia del problema estrictamente considerado. Si se trae a colación es para destacar el modo en que se utiliza la figura del contrato inexistente cuando se da un supuesto de nulidad, como factor que traslada la responsabilidad al contratista. Y eso es lo importante, porque conecta con otras situaciones asimilables a los temas considerados (nulidad del contrato que sirve de base a las prestaciones efectivamente realizadas). Además, esta idea, incluso desvinculada de la figura del contrato inexistente, se está utilizando también como elemento que exime de responsabilidad a la Administración cuando se da una nulidad absoluta. De una parte, porque se afirma que en la citada causa participó necesariamente el empresario y, de otra parte, porque se sostiene que aquel fue el principal agente que generó la situación del contrato inexistente⁵¹. Ello lleva al Tribunal a desestimar la acción de responsabilidad puesto que no hay daño antijurídico, de tal manera que el empresario es el responsable de la situación irregular que se produce⁵². ¿Se puede generalizar esta doctrina más allá del caso considerado?

⁵⁰ El problema tiene su origen en un contrato de suministros adjudicado por la empresa FEVE para la fabricación y suministro de cuatro unidades de trenes, tres con unas características y otro con otras. Con posterioridad se introducen unos protocolos adicionales que aumentan considerablemente el número de unidades a suministrar (24 unidades adicionales) y de suministro de otras piezas. En realidad, se había llevado a cabo una modificación sustancial del contrato al margen del procedimiento contractual. Este es el origen del conflicto que plantea la revisión de oficio de esos contratos.

Ante esa situación, la Administración llevó a cabo una revisión de oficio; primero a través de dos intentos fallidos, hasta culminar con un tercer procedimiento en la declaración de nulidad. Esta última revisión fue declarada firme mediante sentencia judicial.

Tras ello, el empresario presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial que es rechazada por la Audiencia Nacional, tanto por la firmeza de la declaración de nulidad del procedimiento de revisión de oficio como por entender que no se daba un daño antijurídico.

⁵¹ Señala la sentencia comentada que «la declaración de nulidad, como se recuerda por la Sala de instancia, la absoluta ineficacia del contrato, su inexistencia, debiendo volver las cosas a su situación anterior al mismo, resulta contradictorio que se pretenda el resarcimiento de unos pretendidos perjuicios por una previa y fallida declaración de nulidad, porque todos los actos que se produjeron durante dichos procedimientos están viciados de esa misma nulidad y todo cuanto se realizó en esos periodos con los procedimientos luego anulados, deben considerarse inexistentes».

⁵² Señala el TS, como respuesta a la cuestión que suscitó el interés casacional en el caso, «cuando en la adjudicación de un contrato se procede a la revisión de oficio por incurrir dicha adjudicación en causa de nulidad de pleno derecho, siempre que el contratista haya sido partícipe en los actos que sirven de presupuesto a esa declaración de nulidad, no puede

Lo cierto es que, sin llegar a recurrir a la figura del contrato inexistente, en supuestos diferentes del caso considerado (modificación del contrato al margen del procedimiento sin prestaciones efectivas realizadas), se está utilizando también la idea de la colaboración necesaria del empresario en la causa de nulidad como elemento eximente de la responsabilidad administrativa, extremo sobre el que se volverá. Ahora, vale resaltar como determinados supuestos de nulidad, sobre todo aquellos que se producen sin haber respetado las reglas de procedimiento, se califican como una situación de inexistencia de contrato con el fin de negar la compensación económica al empresario. Y debe tenerse en cuenta que, en muchas de las prestaciones efectivamente realizadas en favor de la Administración, se da una situación de hecho, sin que se hayan respetado tampoco las reglas procedimentales. Por este motivo es importante destacar esta construcción jurisprudencial.

En cualquier caso, en ese razonamiento se omite el carácter garantista que tiene la figura del contrato inexistente, tal y como claramente explican García de Enterría y T. R. Fernández⁵³. Simplemente, se olvida que, en la contratación irregular, la situación generada por la Administración está produciendo unos efectos en la esfera del particular. Sin embargo, se acude al acto inexistente, precisamente, para ocasionar un perjuicio material y jurídico al particular, negando el pago. Un uso estricto de esa categoría no permitiría en modo alguno llegar a esa conclusión.

2.2. Como mecanismo para buscar un nuevo cauce alternativo a la revisión de oficio

La legislación balear, a través del art. 39 de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de Medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, da un paso más a la hora de abordar el tratamiento de la contratación irregular. Para ello diferencia según los contratos hayan sido formalizados o no formalizados, teniendo en cuenta que con ese requisito los contratos quedan perfeccionados y se hacen exigibles.

En el caso de los contratos formalizados que adolezcan de un vicio de nulidad, la ley remite a la vía mayoritaria de los últimos años, la revisión de oficio. Para pagar hay que seguir ese procedimiento. Sin embargo, para las prestaciones irregulares que se basen en la no formalización de contrato alguno, especialmente en la denominada contratación verbal, se afirma que se da una inexistencia jurí-

considerarse que el daño que pudiera haberse ocasionado con la ejecución del contrato luego declarado nulo, sea antijurídico a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante; tan siquiera los ocasionados con la previa tramitación de procedimientos de revisión de oficio que fueron anulados antes de la declaración definitiva de nulidad» (FJ 3º).

⁵³ Citada en nota *ut supra*.

dica del contrato, lo que permite regular un procedimiento específico de reconocimiento extrajudicial de créditos. Para ello, previa o simultáneamente, deberá declararse la situación de aquella inexistencia.

También el fundamento aquí es evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido aquellas prestaciones. En consecuencia, se articulan dos fases, que pueden tramitarse separada o simultáneamente. La primera, en la que se declara la inexistencia jurídica del contrato. La segunda, tomando como base aquella declaración, en la que se procede a reconocer extrajudicialmente el crédito.

1ª) El procedimiento para la declaración de la inexistencia jurídica del contrato se configura con los siguientes trámites: a) se inicia de oficio por el consejero competente o el máximo órgano unipersonal del ente afectado, que nombrará un instructor a fin de verificar los extremos necesarios del procedimiento; b) se debe aportar una memoria justificativa del responsable de la unidad que promovió la realización de la prestación; c) darse audiencia al proveedor y a las personas interesadas; d) informe de los servicios jurídicos que debe pronunciarse sobre la inexistencia jurídica del contrato; e) propuesta de resolución; f) acuerdo del Consejo de Gobierno o del máximo órgano del ente por el que se declare la inexistencia jurídica del contrato; g) el plazo máximo de resolución es de tres meses y la falta de resolución expresa determina la caducidad del procedimiento.

2ª) En cuanto al procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos, sus líneas configuradoras son las siguientes: a) se inicia de oficio por el consejero u órgano unipersonal del ente afectado, que nombra un instructor que debe verificar los extremos del procedimiento; b) tiene que emitirse un informe del responsable de la unidad que promovió la prestación irregularmente prestada, informe que debe recoger una serie de extremos sobre esa prestación (causas por las que no se formalizó, imposibilidad de restitución de la prestación, necesidad de proceder a la regularización o liquidación; fechas de realización del gasto y relación de facturas; valoración de la prestación realizada, incluyendo el beneficio industrial; existencia de crédito; acompañado de unos documentos para atender el gasto); c) acreditación del acuerdo por el que se declara la inexistencia jurídica del contrato adoptado por el Consejo de Gobierno u órgano unipersonal del ente afectado; d) audiencia al proveedor y otras personas interesadas; e) informe de los servicios jurídicos sobre la corrección del procedimiento seguido y sobre otras cuestiones de derecho que pueda suscitar el expediente; f) propuesta de resolución; g) fiscalización previa, si procede, de la intervención general; h) acuerdo del Consejo de Gobierno o máximo órgano colegiado del ente afectado que acuerde el reconocimiento extrajudicial del crédito, así como la autorización y la disposición del gasto, el reconocimiento de la obligación con cargo al presupuesto y la designación del órgano unipersonal que debe firmar los documentos contables; i) el plazo de resolución es de tres meses y la falta de resolución expresa determina

la caducidad del expediente; j) el acuerdo favorable no exime de la depuración de las correspondientes responsabilidades.

Tal y como se indicó, es posible la tramitación simultánea de los procedimientos de declaración de la inexistencia jurídica del contrato y el reconocimiento extrajudicial del crédito cuando se disponga de todos los elementos de juicio para ello. Asimismo, cabe adoptar como medida provisional que los créditos se imputen inmediatamente al presupuesto para proceder al pago. Más allá de lo abigarrado que puedan ser los trámites particulares, se abre una nueva vía para no utilizar la revisión de oficio y poder abonar las prestaciones efectivamente realizadas por los empresarios, posiblemente ante la oposición manifestada por los órganos consultivos de destacar la vía de la revisión como excepcional y no apta para afrontar el problema ante la generalización que se había producido.

3. LA FRUSTRADA HUIDA HACIA EL DERECHO PRIVADO

El tema de la adquisición de los productos farmacéuticos por el sistema público sanitario concentra buena parte de las irregularidades en la contratación, siendo uno de los sectores en los que se están experimentando nuevas vías de compra pública ante la insuficiencia de las técnicas tradicionales⁵⁴. Al margen de ello, del mecanismo de reconocimiento de obligaciones para afrontar el problema del enriquecimiento injusto y de la búsqueda de una solución adecuada al problema, algunas comunidades intentaron flanquear la legislación general de contratación para afrontar ese problema. Muestra de ello fue la legislación balear que llegó a calificar de contratos privados algunas de esas adquisiciones y expresando que estas quedaban «al margen de los procedimientos de contratación pública». Como se sabe, es un problema general que no es exclusivo de esta comunidad autónoma. La clave para justificar esa huida se encontró en la determinación administrativa de los precios sobre esos medicamentos. En igual sentido, la adquisición de los medicamentos genéricos, también se calificó como contrato privado, para lo cual se diseñó un procedimiento «*ad hoc*» en el cual los proveedores debían asumir previamente las condiciones establecidas por el órgano de contratación. Sin embargo, todas estas medidas fueron rápidamente derogadas al objeto de evitar su impugnación ante el Tribunal Constitucional por parte del Estado⁵⁵.

⁵⁴ Dan cuenta de esta problemática J. M.^a Gimeno Feliú (2019), «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *REDA*, 202, págs. 325-340; S. Díez Sastre (2021) «Contratos *open house*: comprar sin licitar», *REALA*, 15, págs. 5-23.

⁵⁵ Inicialmente esa regulación había aparecido en el Decreto Ley 8/2020, de 13 de mayo, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las Administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19 (arts. 16 a 18, dentro de la sección segunda del capítulo segundo, baja la rúbrica medidas para la adquisición de

IV. BALANCE DE LAS DIFERENTES VÍAS UTILIZADAS

1. CARACTERÍSTICAS RESULTANTES

A pesar de las muchas vías que han sido utilizadas, el problema de fondo sigue siendo el mismo: cómo tratar la situación en la que un operador económico realiza una prestación en favor de la Administración pública a su satisfacción sobre la base de una actuación administrativa ilegal, en este caso, la contravención de la normativa de contratación pública. Se puede llamar la atención sobre los siguientes caracteres:

- *Pluralidad de opciones o vías*: la revisión de oficio de actos nulos, la responsabilidad contractual o extracontractual, el enriquecimiento injusto o el reconocimiento extrajudicial de créditos. No obstante, la revisión de oficio es la mayoritaria, desplazando a la solución jurisprudencial previa del enriquecimiento injusto. Sin embargo, en no pocas ocasiones se produce un entrecruzamiento de argumentos (el art. 28 del RD 424/2017 es una buena muestra). Incluso cuando se utiliza la vía de la revisión de oficio, en la mayoría de los casos resulta inevitable citar la doctrina del enriquecimiento injusto.
- *La simultaneidad de soluciones*: aunque una de ellas pueda ser mayoritaria, las diferentes maneras de afrontar la cuestión coinciden cronológicamente. Es decir, que todas ellas se utilizan por los diferentes operadores jurídicos para intentar dar una respuesta. Así, al igual que mayoritariamente se recurre a la revisión de oficio, en otros casos se prescinde de este camino y se utiliza el reconocimiento extrajudicial de créditos sobre la base del enriquecimiento injusto, o se canaliza una reclamación a través del cauce de la responsabilidad patrimonial o contractual. La práctica administrativa y la actividad consultiva arrojan ejemplos para todo.

medicamentos). Las rúbricas de estos artículos era adquisición de medicamentos con precio fijado (art. 16), adquisición hospitalaria de medicamentos con protección de patente (art. 17) y adquisición hospitalaria de medicamentos genéricos (art. 18). Esta norma fue derogada por el Decreto Ley 14/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes en determinados sectores de actividad administrativa. No obstante, la regulación sobre adquisición de medicamentos pervivió en la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las Administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, que finalmente fueron derogadas por la disposición derogatoria única f) de la Ley 5/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Esta última derogación, entre otros aspectos, se produjo en cumplimiento del Acuerdo Bilateral entre el Estado y dicha comunidad autónoma en relación con esta ley (Resolución de 8 de julio de 2021, *BOE*, 180 de 29 de julio de 2021).

- *Disparidad de criterios*: sobre cuál sea la solución más adecuada para afrontar el problema entre los distintos operadores jurídicos. En este sentido, cabe destacar la disparidad de posiciones entre diferentes órganos consultivos o en el seno de alguno de ellos, con dictámenes utilizando criterios diferentes o la emisión de votos particulares al parecer mayoritario. En esta línea, son bastante ilustrativos los dictámenes del Consejo de Estado sobre el particular, órgano que se ha decantado mayoritariamente por entender que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, aunque incorpora votos particulares a favor de la aplicación de la doctrina sobre el enriquecimiento injusto.
- *Incertidumbre sobre la mejor opción*: en no pocos casos, después de destacar la inadecuación de la vía utilizada en cada ocasión, se afirma que sería otra la vía más adecuada para afrontar el problema. Se quiere ver el paraíso en la otra esquina, cuando el problema de fondo es otro.
- *Excepcionalidad de las medidas*: como la contratación irregular es contraria al ordenamiento, se destaca la excepcionalidad de todas las medidas utilizadas, al objeto de que no se convierta en un modo generalizado que le dé cobertura. Es decir, cuando la jurisprudencia consolidó la vía del enriquecimiento injusto, la Administración impuso la solución de la revisión de oficio, además de encontrar un obstáculo más para retrasar el pago, en la vana esperanza de que con ello se pondría freno a tales prácticas irregulares. Al mismo tiempo, el enriquecimiento injusto se califica de *ultima ratio*, presentándola también como excepcional. Cuando se institucionaliza la vía de la revisión de oficio y se satura la actividad de los órganos consultivos, estos comienzan a destacar la excepcionalidad de este mecanismo, llegando a rechazar la revisión ante el abuso y generalidad que ha alcanzado.
- *Presunción de fraude*: todos los cauces explorados, ante la generalidad que alcanzan, acaban siendo calificados como fraudulentos, sobre todo por los órganos de la administración consultiva o de control, que recriminan a los órganos de la administración activa lo mal que lo hacen. Y como las prácticas siguen llevándose a cabo cada vez más, los dictámenes acaban siendo más recriminatorios.
- *Recordatorio sobre la responsabilidad de autoridades y funcionarios*: en todas las aproximaciones siempre, como cierre del sistema, se hace una alusión a la posible responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración que ha participado o propiciado la contratación irregular, siendo conscientes de que nunca se pone en marcha este mecanismo.
- *Traslado de la culpa al empresario*: se está consolidando la idea de que la contratación irregular es culpa de los empresarios que participan en la misma, que son considerados colaboradores necesarios en la causa de nulidad, de ahí que no tengan derecho a ser compensados. De esta forma, antes de que se haya puesto en marcha la posible responsabilidad interna por este fenómeno, se transmuta la responsabilidad al exterior de la organización. El empresario

debía saber, por su profesionalidad, que no debía seguir prestando el servicio extinguido o que no debía participar en un procedimiento que incumple trámites. Al empresario se le convierte en el *dominus* de la situación, del procedimiento contractual y responsable de la tramitación administrativa. Incluso cuando la jurisprudencia admite que la vía de la responsabilidad es adecuada, se entiende que no se da el daño antijurídico porque se ha colaborado en su producción.

- *Búsqueda de nuevas opciones para afrontar el problema*: de manera tímida aparecen algunos intentos normativos bien para intentar eludir la revisión de oficio, bien para eludir la responsabilidad de la Administración. Son apósitos en torno a una herida más grave.

De todos estos caracteres, por la gravedad que representa dentro del sistema, merece la pena detenerse en el traslado de la responsabilidad hacia el empresario.

2. EN PARTICULAR, LA CULPA DEL EMPRESARIO COMO MECANISMO PARA DILUIR LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN TODO CASO

El contrato inexistente se está utilizando por la jurisprudencia para negar que exista un daño antijurídico, dado que el empresario es un colaborador en la producción de la causa de nulidad, según se adelantó. Esta idea de colaboración necesaria está presente en materia contractual, aunque no se recurra siempre a la figura del contrato inexistente. La profesionalidad o conocimiento de los procedimientos contractuales que se presupone a los contratistas juega en contra de ellos a la hora de reclamar la compensación por las prestaciones realizadas en situaciones de nulidad absoluta. En algunas ocasiones se usa también como una manera de minorar aquella compensación negándoles, por ejemplo, el beneficio industrial. El caso de la prestación de los servicios de biocontención ya citados (Dictamen del Consejo de Estado 906/2019) ejemplifica este planteamiento, de modo que el hecho de que a la empresa no se le haya pagado factura alguna en una situación en la que ha estado prestando los servicios durante un periodo prolongado, «revela la existencia en la empresa de una connivencia con la irregularidad de la situación jurídica en que se encontraba, ante la seguridad de que el servicio le sería abonado en algún momento». Por este motivo, «al haber tenido conciencia de la antijuridicidad de la prolongación indebida» se le abona únicamente el coste de la prestación, aunque detrayendo de ella el beneficio industrial. Vamos que, de saberlo, según parece, sería mejor que hubiera abandonado el servicio y generar con ello otra pandemia. Aunque de hacerlo, se le hubiera hecho igualmente responsable. Es decir, cualquiera que hubiera sido la vía que escogiera sería en todo caso perjudicado.

Esta misma solución se aplica ante el encargo irregular recibido por una empresa pública, puesto que esa empresa «tiene una particular responsabilidad en procurar ajustar los encargos que recibe en derecho, sin perjuicio obviamente, de la responsabilidad principal y directa que corresponde a los órganos que tienen que realizar el encargo» (Dictamen del Consejo de Estado 456/2000)⁵⁶. Ante la situación en la que se prolongan las prestaciones del servicio social de ayuda a domicilio más allá del plazo de duración, se destaca «la circunstancia de que la empresa contratista pudiera no ser del todo ajena a la irregularidad y, en cualquier caso, ha entendido que no puede beneficiarse de ella como si de una aplicación ordinaria del contrato se tratase» (Dictamen del Consejo de Estado 1112/2019), motivo por el cual no se le puede abonar el precio del contrato sino su coste, detrayendo del mismo el beneficio industrial⁵⁷.

Un similar planteamiento es utilizado por la jurisprudencia para enervar los efectos de la responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad contractual, puesto que en su causación «no fue ajena la empresa ahora reclamante, pues aquellos (contratos) fueron suscritos por las dos partes, Ayuntamiento y empresa, sin que conste que ninguna de ellas lo hiciera forzosamente, esto es, de manera involuntaria»; por tanto, «la reclamante tuvo una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de nulidad de los contratos», de tal modo que es «evidente que el administrado fue copartícipe de la ilegalidad»⁵⁸.

No se puede estar en mayor desacuerdo con esos planteamientos, olvidando que la Administración es una *potentior personae*: siempre puede oponerse a aceptar

⁵⁶ Tampoco en este caso se reconoce el beneficio industrial.

⁵⁷ El mismo planteamiento en el Dictamen del Consejo de Estado 606/2020 sobre el servicio de grúa y depósito.

⁵⁸ Todas las citas de la STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 523, caso *Alvemotor*). ECLI:ES:TS:2021:4932. La necesaria participación del empresario en la causa de nulidad también se recoge en la STS de 16 de junio de 2021 (RJ 2978) que utilizó la figura del contrato inexistente ya citada y que negó la acción de responsabilidad en que no existía daño antijurídico. En particular se afirma que «resulta evidente en las actuaciones, que la declaración de nulidad está fundada en unos hechos en los que la participación del perjudicado —la empresa aquí recurrente— no es que ha sido concurrente con la Administración, sino que ha resultado decisiva. Sólo con esa participación podría haberse transformado un lícito contrato inicial concertado por el procedimiento de adjudicación directa sin publicidad: para después de concertado e inmediatamente, ampliar su objeto en más de diez veces su valor inicial y convertirse en un ilícito contrato viciado de nulidad de pleno derecho [...] los hechos que subyacen en la decisiva actuación de la sociedad aquí recurrente en la procedencia de declaración de nulidad, solo predicables en su propio e ilícito beneficio». No obstante, la idea no es nueva, tal y como destaca L. Martín Rebollo al poner el ejemplo de la STSJ de Cantabria de 21 de febrero de 1991, en relación con la nulidad de un contrato verbal, que acoge aquel planteamiento y afirma que «en tales casos, dichos contratantes no pueden sin más aparecer como “víctimas” de una deficiencia e ilícita actuación de gobierno, que precisamente ellos mismos han propiciado y colaborado a llevar a término, a sabiendas de su objetiva ilegalidad» (2004, pág. 631).

aquellas condiciones sin más. Es ella y su poder lo determinante; si el particular propone y ella rechaza no hay nada que hacer. El papel determinante y causante de la nulidad es siempre de la Administración pública, sobre todo cuando estamos ante cuestiones de procedimiento administrativo, como sucede en la mayoría de los supuestos en los que se producen tales situaciones. El control del procedimiento corresponde a la Administración de oficio, sin que quepa trasladar la responsabilidad de su tramitación u omisión sobre los particulares (el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites, dice el art. 71.1 LPC).

Con ello, antes de que se hayan exigido las responsabilidades administrativas generadas por aquellas situaciones, aunque sea la Administración la autora del acto y la que debe respetar la legalidad (art. 103.1 CE), por tanto, a ella imputable esa causa de nulidad, el problema se traslada a los contratistas de la Administración⁵⁹. Ellos son los culpables o responsables, porque deben conocer la normativa, de que se generen esas situaciones irregulares o ilegales. ¿A dónde lleva esta forma de interpretar el sistema? Además de diluir el sistema de responsabilidad pública como elemento esencial de nuestro Estado de derecho (arts. 9.3 y 106.2 CE), si la idea que se está transmitiendo es que no se abonen las prestaciones efectivamente realizadas en favor de la Administración, ello en un periodo transitorio puede afectar a algunos empresarios; pero, a la larga, de consolidarse ese entendimiento, la Administración puede también encontrar problemas para afrontar sus necesidades con perjuicio al interés público. ¿Se debería dejar de prestar el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, el transporte público, la atención domiciliaria o cualquier otro servicio esencial cuando se extingue el contrato? Se podría decir que la legislación ya prevé formas para mantener la continuidad, pero, incluso con ese marco legal, qué pasaría si tampoco se respetan esas reglas, tal y como suele suceder. ¿Es posible interrumpir la prestación de un servicio esencial? El análisis que se hace no puede obviar la existencia de un principio de mantenimiento del servicio público cuando se produce grave trastorno en su funcionamiento y ello

⁵⁹ En este sentido, defendiendo una especie de restablecimiento de la legalidad a imagen de lo que sucede en el ámbito urbanístico, E. Umerez Argaña, «La restauración de la legalidad infringida por la contratación irregular», *Anuario Aragonés del Gobierno local*, 11, págs. 437-497. El autor afirma que «el empresario, sin embargo, conoce que el contrato está extinguido y, por lo tanto, debe saber que a partir de la prolongación está realizando los trabajos a coste, sin poder aspirar a beneficio alguno, porque *es partícipe de la falta de planificación* de la Administración y no debe sacar provecho de la misma» (pág. 479). No se puede llegar a entender cómo el empresario puede ser partícipe en el ejercicio de la potestad de planificación contractual de la Administración y ser corresponsable de las cuestiones internas de funcionamiento administrativo. Entenderá, como colaborador de la Administración, que debe seguir prestando el servicio porque habrá alguna causa que ha impedido la nueva contratación, debiendo seguir atendiendo la necesidad de servicio público hasta esa nueva adjudicación (atención domiciliaria de la tercera edad, grúa municipal, recogida de residuos sólidos urbanos, etc.). Lo imprudente sería en esos casos una interrupción abrupta de la prestación.

pese a la nulidad en que hubiere podido incurrir el contrato adjudicado (hoy en el art. 42.3 LCSP). Evidentemente, ello exige compensación económica porque la prolongación del servicio atiende un interés colectivo y eso es lo prioritario. El gran número de adquisición de medicamentos o la atención a comedores escolares sin la debida consignación se debe a un problema de gestión presupuestaria, pero la Administración, pese a ello, debe seguir prestando el servicio dado que es lo que esperan los ciudadanos, incluso de aquellos que son miembros de los órganos consultivos y fiscalizadores.

Lo cierto es que la circunstancia de no pagar al contratista porque existe una causa de nulidad es algo bastante antiguo, de otra época, que la propia jurisprudencia tuvo que posteriormente rectificar, decantándose por la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto⁶⁰. Como muestra de ello cabe citar el supuesto de la STS de 6 de marzo de 1945 (RJ 313), en el que se rechaza abonar los gastos al contratista por las obras que había realizado en un cuartel de la Guardia Civil porque se habían cometido vicios de competencia y procedimiento en su contratación, de modo que el enriquecimiento de la Administración se debió al «descuido e imprudencia del contratista que realizó variaciones» aunque aquellas se debieron a las órdenes de los altos jefes de aquella institución. Es decir, nada nuevo sobre soluciones fracasadas que ya parecía que se habían superado. En realidad, el problema de fondo permanece y, a medio o largo plazo, puede que los perjudicados no sean los empresarios, que se adaptarán a la situación, sino la propia Administración y su funcionamiento administrativo; aunque, sin duda, el mayor perjuicio será para los usuarios de los servicios públicos. No parece que la sociedad pueda soportar la interrupción de un servicio esencial para la colectividad por un problema de legalidad contractual, porque aquellos servicios protegen valores superiores vinculados en muchos casos a la protección de derechos fundamentales y libertades públicas. El comportamiento del particular ha sido valorado como elemento para poder matizar la cuantía de la indemnización en ámbitos como el enriquecimiento injusto o la responsabilidad. Pero, como destacara L. Martín Rebollo al hilo de las modificaciones de contratos nulas, «incluso el conocimiento previo por su parte de la nulidad —conocimiento que habría que probar al menos indiciariamente y en un contexto circunstancial en el que se tuvieran en cuenta las indicaciones que acaban de hacerse— difícilmente exonera a la Administración del resarcimiento, bien sobre la base del enriquecimiento sin causa, bien desde la óptica de la responsabilidad»⁶¹.

⁶⁰ Da cuenta de ello M. Rebollo Puig (1995, págs. 66-68) en su completa obra, destacando siete sentencias entre 1941 y los años sesenta en donde los tribunales no reconocieron el principio de enriquecimiento injusto porque existían causas de nulidad absoluta, al que nos remitimos, sin perjuicio de destacar algún ejemplo en el texto proporcionado por el autor.

⁶¹ L. Martín Rebollo (2004, pág. 632).

El problema de la contratación irregular y del funcionamiento de la Administración pública no se va a resolver trasladando la responsabilidad a los empresarios. Por el contrario, el camino a seguir es dotar de recursos económicos adecuados la prestación de los servicios, mejorar las plantillas en número y formación en materia contractual, implementar las mejoras tecnológicas necesarias para la correcta gestión contractual, entre otras. Lo contrario es comenzar la casa por el tejado. Es un criterio propio de la Administración fiscalizadora, muy alejada de la Administración gestora que tiene la obligación de atender las diferentes necesidades colectivas sin dilación.

V. LA NECESARIA VUELTA AL EQUILIBRIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

1. EL PROBLEMA: UN SUPUESTO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La Administración necesita rutinas, repetición de su acción para ser eficaz. Lo nuevo es un problema, hacerlo de manera diferente también. Además, convive mal con que le digan que lo hace mal. La contratación irregular es una anomalía, porque la Administración está sometida al principio de legalidad y tiene que actuar con eficacia (art. 103.1 CE). Los distintos órganos consultivos y fiscalizadores se lo están recordando permanentemente, aunque en volumen puede que esa situación no sea tan amplia como pudiera darse a entender. Sin embargo, la burocracia tiene que aportar soluciones en el día a día puesto que el servicio no se puede paralizar y la atención a los ciudadanos tampoco. En ese quehacer diario tiene que afrontar múltiples vicisitudes, diferentes según la Administración pública y la concreta organización administrativa, no siempre dotada presupuestariamente de manera adecuada, tampoco con el personal suficiente, con la cualificación adecuada, sin unos medios tecnológicos que le permitan afrontar la gestión de los diferentes procedimientos, con la necesidad de seguir los trámites y la duración de los procedimientos mientras las necesidades públicas son perentorias, inaplazables. También, como es lógico, puede haber desidia o prácticas inadecuadas. Pero no todo es igual ni debe ser medido por el mismo rasero.

Es en ese contexto en el que pueden surgir prestaciones en favor de la Administración sin la correspondiente cobertura contractual, lo que en la mayoría de los supuestos se puede reconducir a un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho. Siendo ello así, el proveedor de la prestación en favor de la Administración, incluso conociendo la normativa de contratos, no es el que tiene el dominio de la situación que siempre corresponde a la Administración pública.

Una simple orden de la Administración basta para dejar de realizar una prestación cuando se ha extinguido un contrato previo y siempre puede negarse a aceptar una prestación que no ha sido debidamente contratada. Es la Administra-

ción quien debe velar por el estricto cumplimiento de la legalidad, siendo aquella causa de nulidad imputable solo a ella. Si la Administración tolera la contratación irregular, permitiendo que el servicio se preste, aceptando los materiales que le suministran o ampliando el contrato de obra más allá de su objeto incorporando unidades de obra no previstas en el proyecto inicial, es porque lo necesita, aunque no esté respetando la legalidad cuando lo hace. El empresario se puede negar a participar en una contratación, aunque sabe que ello puede tener consecuencias para futuras contrataciones.

En la vida, además de lo formal, también es importante lo informal, es decir, lo que no está en la norma, la forma o rutinas administrativas, la práctica administrativa. Y ello tiene consecuencias, sobre todo cuando existe un mercado cautivo, es decir, cuando su negocio depende precisamente de ese sujeto poderoso al que legalmente se puede negar a realizar una prestación, pero en la que debe asumir las consecuencias derivadas de esa decisión, es decir, ser expulsado del mercado de manera informal. Por ello, muchos contratistas participan del juego, saben que en ese momento no existe dinero para contratar por un problema de disponibilidad presupuestaria, pero la Administración lo resolverá más adelante y lo ajustará, abonando aquello que fue solicitado. Que, en efecto, la gestión administrativa ha impedido licitar el nuevo contrato para la prestación de la atención sociosanitaria o la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, pero la ciudadanía en tanto se tramita el nuevo contrato no puede quedarse sin aquellas prestaciones esenciales. Otra opción sería interrumpir el servicio y esperar al nuevo contrato: se respetaría la normativa contractual con grave perjuicio para el servicio público. En contra, se podría decir que habría que actuar con anticipación y que esa situación se podría haber evitado si se hubiera previsto adecuadamente la extinción, la posibilidad de prórroga legal o una anticipación en la contratación previa. Pero ello no sería la realidad, sino el *deber ser*. Y lo que se está afrontando con la realización de las prestaciones sin cobertura contractual es el ser, no el deber ser. Por ello, la jurisprudencia afrontó el problema a través de la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa para resolver una situación fáctica.

Al margen de la situación de ilegalidad derivada de la causa de nulidad existente, el hecho cierto es que se habían realizado unas prestaciones en favor de la Administración por indicación, expresa o tácita, a su satisfacción, generando un enriquecimiento en favor de aquella. La fuente de la obligación de pago no deriva del contrato nulo (o inexistente), sino de una situación fáctica, del hecho de haber llevado a cabo aquel enriquecimiento con el correspondiente empobrecimiento del empresario. Siempre ha sido así. Incluso cuando se utiliza la vía de la revisión de oficio la referencia a aquel principio se hace ineludible, como queriendo indicar que la declaración de nulidad es solo una forma de justificar que tiene que hacerse el pago, pero que en realidad la clave sigue siendo el enriquecimiento injusto. Sin embargo, para llegar a esa solución no es necesaria la revisión de oficio. La clave es determinar el hecho de la realización de la prestación con empobrecimiento-enriquecimiento. La revisión de oficio ha sido, en ese contexto, una solución, primero, procesal de defensa o retraso

del pago (debe declararse previamente) y de tranquilidad burocrática, es decir, debe seguirse ese procedimiento para abonar aquellas prestaciones (seguridad de la rutina administrativa). Porque en la práctica administrativa diaria sobran las grandes disquisiciones sobre si el fundamento es uno u otro, dado que cuando esa discusión se traslada al escalón más bajo de gestión administrativa se pierde todo el *glamour* de la categoría o construcción dogmática para materializarse en un simple trámite (el que sea, REC, revisión de oficio, etc.).

La Administración ha llevado el problema a una cuestión procedimental (revisión de oficio) porque en sí mismo el enriquecimiento injusto no ha tenido una vía específica de canalización, le falta su propio procedimiento, su rutina *ad hoc*. Pero la realidad sigue siendo la misma: la Administración no es perfecta y no siempre es capaz de aplicar una normativa contractual tan exigente, a veces, ni en las estructuras administrativas más afinadas. La categoría del contrato inexistente evitaría seguir la vía de la revisión de oficio (no hay la más mínima apariencia de legalidad). Sin embargo, se está utilizando de una forma torticera, para poner de manifiesto aquella falta de apariencia de legalidad y hacer responsable al contratista de esa circunstancia. Se olvida así el carácter garantista de la categoría, que nunca puede ser utilizada en detrimento de las garantías del particular afectado. En efecto, ese aspecto pasado por alto está en la esencia de su entendimiento dogmático, lo que simplemente se elimina del razonamiento. De este modo, de utilizarse la figura del contrato inexistente, debería reforzar la posición del empresario y no debilitarla tal y como está pasando.

En fin, el enriquecimiento injusto sigue siendo la fuente de la obligación de pago de las prestaciones realizadas en favor de la Administración cuando se cumplan los requisitos exigidos (buena fe, enriquecimiento-empobrecimiento, orden de la Administración) en una situación de contratación irregular. Evidentemente, en este planteamiento no se está partiendo de una consideración del enriquecimiento injusto como algo subsidiario o como *ultima ratio*, cualidad que no es esencial o consustancial a la figura del enriquecimiento injusto. Para evitar los problemas de gestión administrativa que se están dando, se debería diseñar un procedimiento administrativo que permita afrontar ese problema sin necesidad de utilizar la revisión de oficio. Ello al margen de que se afronten los problemas de fondo que tratan de evitar que ese problema se siga dando y al margen también que se depuren las responsabilidades administrativas correspondientes. Pero ni lo uno ni lo otro pueden llevar, como está pasando, a negar el pago de la prestación efectivamente realizada en favor de la Administración.

2. DE LA NEGLIGENCIA ADMINISTRATIVA A LA CULPA DEL EMPRESARIO

Admitida la aplicación del principio de enriquecimiento injusto como fundamento del pago de esas prestaciones, otro tema diferente es el de las responsabilidades, tanto de la Administración y sus agentes como, en su caso, la de los empresarios.

En el caso de la Administración, hasta la fecha, la situación de la contratación irregular y el pago de esas prestaciones ha evidenciado también el fracaso de la responsabilidad disciplinaria en el ámbito interno de la Administración pública. Por mucho que se apele a la necesaria depuración de responsabilidades por la realización de esas prácticas, lo cierto es que estas brillan por su ausencia, aunque no sea algo exclusivo de la contratación administrativa. En tal caso, ¿se trataría de una mera responsabilidad objetiva por incumplimiento de la normativa o habría que valorar las circunstancias? Lo razonable es lo segundo, es decir, conocer la concreta situación de cada servicio administrativo, teniendo en cuenta las causas estructurales que afectan a esta materia. En cualquier caso, esa responsabilidad es autónoma del pago de la prestación. En muchos casos parece que se quiere negar el pago sobre todo porque se quieren salvaguardar las responsabilidades.

Respecto a la responsabilidad de los empresarios, la situación es más compleja por el papel determinante que juega la Administración pública. Como se indicó, la Administración pública puede negarse a recibir aquellas prestaciones de forma expeditiva. Sin embargo, se está imponiendo como idea recurrente la de la necesaria participación del empresario en la generación de la causa de nulidad subyacente a la situación, lo que vendría agravado por su conocimiento del sector, su profesionalidad, lo que le llevaría a ser conecedor de la ilegalidad. Ese razonamiento, como se ha indicado, desconoce la condición de poder público que ostenta la Administración pública y la obligación que constitucionalmente pesa sobre ella de respeto a la legalidad, a toda, no solo a la contractual. El procedimiento es algo que debe respetar e impulsar de oficio en todos sus trámites la Administración pública. El particular participa en él, pero no es el encargado de ir recordándole a la Administración los trámites que se deben ir cumpliendo. El uso de la idea de la coparticipación en la generación de la nulidad le viene muy bien a la Administración pública y a sus agentes, puesto que antes de que se depuren las responsabilidades administrativas y se genere una praxis y cultura de aquella, se traslada sin más el problema a las espaldas de los empresarios: ellos son los responsables de la contratación irregular de las Administraciones públicas, por tanto, no tienen derecho a nada y, por tanto, tampoco cabe la responsabilidad disciplinaria, hoy ya inexistente. Es decir, la Administración pública ha conseguido, una vez más, darle la vuelta a su posición jurídica generando la idea de que el malo de la película por la contratación irregular es el particular, es el empresario, que habría engañado a ese sujeto poderoso que es la Administración pública.

