

Nuevos planteamientos sobre la contratación irregular

Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Resumen

El presente artículo transita los nuevos planteamientos del Consejo de Estado sobre la contratación irregular, pretendiendo su valoración crítica a la luz de la normativa presupuestaria y de los mecanismos que la vigente Ley de Contratos del Sector Público ofrece para evitar esas anomalías en la contratación.

Abstract

This article discusses the new approaches of the Council of State on irregular contracting, seeking its critical assessment in light of budgetary regulations and the mechanisms that the current Public Sector Contracts Law offers to avoid these anomalies in contracting.

I. Consideraciones generales²

Se ha denominado contratación irregular a un conglomerado de supuestos en los que los operadores económicos realizan prestaciones propias de los contratos, sin que exista la correspondiente cobertura contractual. Es lugar muy común anudar a tales situaciones una obligación de abono de las prestaciones sobre el fundamento del principio que proscribe el enriquecimiento injusto, según el cual ha de repararse al empobrecido en su justa medida.

Sobre estas cuestiones es obligado remitirnos a los laboriosos e ilustrados trabajos publicados conjuntamente por Cebrián Herranz y Pascual Martín³ en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, en los que se daba testimonio del más relevante caudal jurisprudencial, consultivo y doctrinal existente hasta ese momento, explicando con rigor y detalle las distintas derivadas que circunvalan a esta anómala contratación, exponiendo con claridad y acierto sus posicionamientos y conclusiones.

Tomando de partida esas necesarias referencias consideramos oportuno retomar las luces y sombras imbricadas en esta materia al cobijo de los nuevos pronunciamientos, centrando particularmente nuestra atención en la renovada visión que el Consejo de

² Con intención de que la lectura del presente artículo sea más fluida, indicamos las abreviaturas de los principales textos normativos que se citan en el cuerpo del mismo:

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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.

LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

LHL: Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

RGC: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

³ CEBRIÁN HERRÁNZ, L / PASCUAL MARTÍN, J I. (junio 2018).

CEBRIÁN HERRÁNZ, L / PASCUAL MARTÍN, J I. (enero 2019).

Estado ha ofrecido recientemente, sin descuidar las enseñanzas de los Consejos Consultivos autonómicos.

El foco del presente estudio se ceñirá fundamentalmente en discernir el cauce procedimental más adecuado para que los operadores económicos afectados puedan canalizar su pretensión restitutoria, y paralelamente, cómo la Administración Pública puede actuar, bien de oficio, bien a instancia de aquellos, ante la eventual contratación irregular una vez consumada. También procuraremos vislumbrar los criterios imperantes sobre el alcance que debe darse a la restitución, aspecto muy controvertido cuya trascendencia económica es relevante.

Examinaremos también los distintos instrumentos que la LCSP habilita como posibles vías para dar continuidad a las prestaciones en evitación de las contrataciones irregulares, haciendo que éstas sean mucho menos justificables en el momento presente.

II. El enriquecimiento injusto como fundamento jurídico del deber de restitución en la contratación irregular.

En el Derecho Romano se consideraba que existía “*enriquecimiento injusto cuando una persona se lucra a costa de otra sin estar asistida por una causa jurídica*”⁴. Ya en el Derecho patrio, como nos informa la Sentencia 529/2010, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 23 de julio (rec.1926/2006) (F.D. Tercero), “*el enriquecimiento injusto, que aparece en dos textos del Digesto, está recogido en las Partidas (VII, 34,17) con el concepto que se mantiene hoy: ninguno non deve eriqueszer tortizeramente con daño de otro*”. Como se observa, el concepto de enriquecimiento injusto no ha variado en lo sustancial durante más dos mil años⁵.

Prosigue la precitada Sentencia 529/2010 aclarando que el enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho y se erige en fuente de las obligaciones⁶.

⁴ IGLESIAS, J. 1988, pág.482.

⁵ Desde la época de la República, y también en la etapa clásica se vino a reconocer por la jurisprudencia la obligación de restituir lo injustamente recibido. Se concedían diversas *condictio*, destacando la *condictio sine causa* por su carácter residual, ejercitable en los casos de enriquecimiento que carecieran de una propia acción.

⁶ “(...) ha sido desarrollado por reiterada jurisprudencia, que lo proclama como un principio general del Derecho (sentencia de 8 de mayo de 2006) y que constituye una fuente de obligaciones, la de reparar el perjuicio ocasionado: el que se ha enriquecido, lo ha hecho sin causa y, por ello, debe restituir al

Como decíamos, es casi unánime la doctrina, el acervo consultivo y la jurisprudencia en fundamentar el abono de las prestaciones realizadas en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto. La Sentencia 1275/2023, de 17 de octubre, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (rec.6316/2020) (F.D. Tercero), nos recuerda que este principio fue elaborado por la jurisprudencia civil, para después, desde los años sesenta – según se indica-, ser acogido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicha traslación exigió, empero, el establecimiento de “*ciertas matizaciones derivadas de las singularidades propias de la relación jurídico-administrativa*”.

Así pues, los presupuestos necesarios para la virtualidad del enriquecimiento injusto definidos por la jurisprudencia civil son heredados por la jurisprudencia contenciosa-administrativa, y es sabido que son los siguientes:

a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir 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 relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. Dicho en otros términos, que al enriquecimiento le siga un correlativo empobrecimiento.

d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento⁷.

A los presupuestos clásicos del Derecho Civil se añade, a decir de la Sentencia 1275/2023, y atendiendo a las particularidades de la relación jurídica administrativa antes

empobrecido aquello en que se enriqueció (sentencias de 27 de septiembre 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005.)”

⁷ En relación con este último requisito, la Sentencia 1275/2023 puntualiza, siguiendo la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 13 de enero de 2015 (recurso 1147/2013), que ha de entenderse por justa causa de una atribución patrimonial: “*aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia*”.

advertidas, uno fundamental y propio del ámbito administrativo⁸, que tiene su *ratio* en “evitar que las situaciones en las que puede darse un eventual enriquecimiento injusto o sin causa, se conviertan en un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa”. Este presupuesto adicional exigiría, en definitiva, un cierto grado o suerte de buena fe en el empobrecido (el que ha realizado la prestación sin estar obligado a ello por relación contractual), en la medida en que el desequilibrio patrimonial ha de estar “constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”⁹, lo que conecta con el principio de confianza legítima.

No pueden olvidarse las premisas emanadas de la originaria jurisprudencia civil, en su aplicación a aquellos casos en los que la contratación irregular fuera espontánea, sin instrucción alguna de la Administración. La mencionada Sentencia 529/2010 precisa e incide en el requisito de ausencia de causa, afirmando que “la persona que realiza la atribución patrimonial no puede hacerlo por su propia voluntad, a plena conciencia y sin conocimiento ni consentimiento de la otra”¹⁰ puesto que si la atribución patrimonial se ha realizado a plena voluntad y a sabiendas del autor, no podría ampararse en la ausencia de causa para reclamar después dicho desequilibrio patrimonial. Se estaría más correctamente en el ámbito de la gestión de negocios ajenos sin mandato¹¹, ubicado en la

⁸ Destacado por las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 2003 (recurso 254/2002), 18 de junio de 2004 (recurso 2000/1999), 12 de diciembre de 2012 (recurso 5694/2010) y 5 de julio de 2016 (recurso 1368/2015), que reproduce la Sentencia 1275/2023 que estamos glosando.

⁹ Son palabras de la Sentencia 1275/2023, ya citada.

¹⁰ Continúa explicando que “los supuestos de enriquecimiento sin causa no comprenden el que se haga el desplazamiento patrimonial, sin causa, de un patrimonio a otro con plena voluntad del que lo hace y sin aceptación, ni siquiera conocimiento, de la persona que se beneficia.”

¹¹ “(...) el enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial y si ésta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego ampararse en una falta de causa. Esta ha sido la voluntad del autor. Podría darse una gestión de negocios ajenos, lo cual no ha sido planteado en la instancia ni alegado en casación, pero un enriquecimiento producido por la voluntad unilateral de una parte, no puede ampararse sino en su propia voluntad, no en una falta de causa que luego le permita dirigirse contra el que se ha beneficiado que nunca prestó su

denostada figura del cuasicontrato, regulado en los artículos 1888 y siguientes del Código Civil.

No obstante, señala el reputado civilista Cuadrado Iglesias¹² que para que exista gestión de negocios ajenos sin mandato siempre es necesario el altruismo del gestor: “*que actúe con desinteresada voluntad y sin ánimo de codicia*”¹³. Concertemos en que la filantropía pocas veces puede apreciarse en el contratista irregular, que actúa consustancial y lógicamente con ánimo de lucro.

Por tanto, una aplicación rigurosa de la doctrina expuesta en las prestaciones espontáneas del contratista irregular excluiría la obligación de restitución –el Consejo de Estado apuesta por este mismo resultado, como veremos después, aunque sin sustentarlo en el basamento indicado-. Ha de reconocerse, sin embargo, que la práctica administrativa nos enseña que lo común es la intermediación de instrucciones o encargos de la Administración, aun cuando éstos no presentaren vestigios ostensibles.

Por otro lado, debe convenirse en lo forzado de visualizar supuestos en los que el contratista irregular no sea consciente de su propia participación en la comisión de una irregularidad administrativa por ausencia de procedimiento. Es difícil imaginar, ciertamente, que el contratista no perciba que está realizando, en verdad, prestaciones sin cobertura contractual. Incluso podría plantearse si no debería exigírsele dicho conocimiento de acuerdo con la diligencia propia de un buen comerciante.

Muy pocas veces puede admitirse, por tanto, que el contratista irregular no sepa que lo es, y en este punto podemos anticipar, como desarrollaremos más adelante, la preponderancia de ciertas modulaciones en la restitución de las prestaciones realizadas por contratación irregular, suprimiendo –o penalizando- el beneficio industrial en aquellos casos –los más- en los que se demostrase de alguna manera, o hubiera indicios de la connivencia entre Administración y contratista irregular en la realización de las prestaciones. Se observa, efectivamente, que dicho criterio mensurador de la restitución

consentimiento y ni siquiera hubo un conocimiento. Admitir lo contrario sería tanto como permitir a los sujetos hacer obras en supuesto beneficio de terceros que ni lo conocen y luego exigirles los beneficios”.

¹² CUADRADO IGLESIAS. M. 2015.

¹³ CUADRADO IGLESIAS. M. 2015. Nota 8: “*Es preciso añadir otros presupuestos, tales como el utiliter, non prohibente domino, absentia domini, etc., cuya existencia justifica la actio negotiorum directa del dominus contra el gestor y, en su caso, la actio negotiorum contraria que pueda corresponder al gestor contra el dominus*”.

está siendo asumido por el Consejo de Estado y por algunos consejos consultivos autonómicos, amén de la propia jurisprudencia. La generalización de dicho criterio, si así se consolidare, coadyuvaría a la progresiva reducción de estas prácticas, desincentivando muy posiblemente la proactividad del contratista irregular, lo que, sin embargo, y para equilibrar la balanza, debería acompañarse con la depuración de las responsabilidades imputables en el seno de la Administración.

En cualquier caso, la aplicación del enriquecimiento injusto en este ámbito ha permitido resolver una situación de todo punto injusta para vadear la renuencia de la Administración a la restitución de las prestaciones bajo el pretexto de su realización ya extinto el vínculo contractual¹⁴.

Finalmente, recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo elevan a auténtico principio general del Derecho Administrativo la doctrina del enriquecimiento injusto en la contratación administrativa, situándola en el más alto peldaño axiológico de esta rama jurídica. Por todas, citamos la reciente Sentencia 1426/2024, de 12 de septiembre (recurso 608/2021) (F.D. Quinto)¹⁵, en la que se enjuicia un supuesto curiosamente inverso al que tratamos, en cuanto es la propia Administración la que apela a la prohibición de enriquecimiento injusto para reclamar ciertas cantidades retribuidas por su parte en el seno de un determinada relación concesional¹⁶.

¹⁴ GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., 2023, pág.110: “(...) 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”.

¹⁵ “(...) La acción de resarcimiento o restitución, basada en el principio general del Derecho Administrativo que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, no resulta directamente aplicable a aquellos supuestos en que la Administración concedente de un servicio público exige a la empresa concesionaria el reintegro de aquellas cuantías que fueron previamente satisfechas en concepto de compensación por el incremento de los costes de los carburantes, con base en las cláusulas del propio título concesional, como consecuencia de soportar el gravamen del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, cuyo establecimiento fue ulteriormente declarado incompatible con el Derecho de la Unión Europea en sentencia de 27 de febrero de 2014, invocado como fuente de la obligación de restituir la presunción consistente en la mera posibilidad de carácter aleatorio de que la concesionaria podría instar el procedimiento tributario de devolución de ingresos indebidos incoado frente a la Hacienda Pública, o ejercitar la acción indemnizatoria de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, si no se acredita el presupuesto de la existencia de aumento patrimonial o la transferencia o desplazamiento del valor patrimonial en favor del presuntamente enriquecido sin justo título”.

III. Nuevos planteamientos en la doctrina del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado ha intentado en los últimos años afinar su doctrina en torno a la restitución de las prestaciones realizadas en la contratación irregular. Es el Dictamen 606/2020, de 27 de mayo de 2021, el que preconiza este cambio de tendencia, motivado –así se manifiesta- por el elevado número de expedientes dictaminados en los que concurre “*la falta de sometimiento a las reglas de la contratación pública y, más concretamente, a los principios de publicidad y concurrencia que la inspiran*”.

En aquella ocasión se informaba un expediente de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio para reparar los daños y perjuicios que habría sufrido un operador económico como consecuencia de la prestación de un servicio con posterioridad a la extinción del contrato que le unía a la Administración. Como decimos, el Consejo de

¹⁶ En concreto, se plantea como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia si es conforme a derecho que la Administración concedente de un servicio público de transporte imponga al concesionario del servicio, con el único fundamento del principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos y de la prohibición del enriquecimiento injusto, que soporte el reintegro las cantidades que en su día la Administración le abonó como ingreso de la concesión, en la parte correspondiente al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (céntimo sanitario), sobre la base de que la concesionaria tuvo la oportunidad de instar, bien un procedimiento administrativo de devolución de ingresos indebidos, bien la responsabilidad patrimonial del Estado por la disconformidad de dicha modalidad impositiva con el Derecho de la Unión Europea.

La Sala reconoce la vigencia del principio de prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa en el ámbito del Derecho Público y, específicamente, en la contratación administrativa, como uno de los institutos destinados a mantener el equilibrio contractual en el marco del principio de buena fe, pero considera que no procede la aplicación de dicho principio en el caso enjuiciado porque entiende que no se ha probado por la Administración la concurrencia del requisito y presupuesto del “*efectivo*” enriquecimiento del concesionario, desplazando la carga probatoria a aquel contra quien se ejercita la acción restitutoria, cuando, además, con base en los principios de cooperación y colaboración interadministrativas, se dispone de los mecanismos necesarios para demostrar el eventual enriquecimiento patrimonial de la concesionaria, así como para ejercer acciones ante la Administración del Estado, en relación con la nulidad del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

Explica la sentencia que no hay *a priori* certeza de la existencia del enriquecimiento injusto, en consideración al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, que en este caso, se entiende vencido transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 27 de febrero de 2014; y que tampoco es seguro que la acción de devolución de ingresos indebidos que, eventualmente, entablare la sociedad concesionaria, tras la notificación de la resolución del Consorcio Regional de Transportes de Madrid de 16 de marzo de 2018, tuviera como resultado la obtención de un enriquecimiento patrimonial ilegítimo.

En consecuencia, se sienta la siguiente doctrina trascrita en la anterior nota a pie de página.

Estado constituyó una ponencia especial¹⁷ para definir los cauces procedimentales más ajustados para sustanciar y acometer aquella reparación económica.¹⁸

La contratación irregular puede presentar distintos semblantes, pudiendo manifestarse de formas diferentes, siendo la casuística muy amplia¹⁹. El Dictamen enuncia así una diversidad de supuestos a modo ejemplificativo²⁰.

Aquellos, los más comunes, en los que la disfunción trae causa del retraso en la adjudicación de un nuevo contrato para una determinada prestación, de modo que el antiguo contratista (cuya relación contractual ya ha finalizado) persiste durante un cierto tiempo en la ejecución. Esto suele ocurrir con la aquiescencia -expresa o tácita- de la Administración, y las más de las veces por su iniciativa, propiciando la continuidad de la prestación. Estas instrucciones de continuidad pueden ser meramente verbales o formalizados mínimamente (v.gr. a través de correo electrónico, en el seno de una reunión, o por llamada telefónica), dificultando su acreditación.

Son habituales también los casos en los que existen instrucciones de continuidad de la prestación o de "*prórroga contractual*" algo más expresas o mejor formalizadas, pero igualmente sin cobertura contractual ni legal.

Otros supuestos, menos frecuentes, son aquellos en los que, habiéndose tramitado el correspondiente procedimiento se ha alcanzado una propuesta de adjudicación, pero ésta no llega a culminarse, o adjudicado, no se formaliza, pero debido a la necesidad del objeto

¹⁷ HURTADO SOTO, R., 2022, pág. 204.

¹⁸ Efectivamente, estima procedente "*hacer algunas reflexiones de carácter general respecto de las vías procedimentales más adecuadas para resarcir o compensar a un contratista que realiza, a vista, ciencia y paciencia de la Administración contratante, una determinada prestación o servicio a favor de la misma con posterioridad a la extinción del contrato o al margen del objeto o contenido del mismo*".

¹⁹ La casuística de la contratación irregular es tratada también en: UMEREZ ARGAI, E., 2019 y 2020, págs. 437- 497.

²⁰ El posterior Dictamen 1592/2022, de 26 de enero, alude al volumen de contratación irregular en el ámbito de la Administración General del Estado: "*Según datos de la Intervención General de la Administración del Estado, dentro de esta se tramitaron en el año 2021 ciento treinta y tres expedientes de convalidación del gasto, por un importe total de 1.800.619.571 euros. El motivo de la omisión de la fiscalización previa fue la "falta de tramitación del correspondiente expediente" en cuarenta y siete de los casos, los "retrasos en la tramitación del expediente" en veintiuno de ellos y la "incorrecta tramitación del procedimiento de contratación" en otros catorce, entre otras causas*".

contractual, sus prestaciones se ejecutan de forma inmediata, sin cobertura, y desistiendo del procedimiento contractual tramitado.

Tampoco pueden olvidarse aquellos en los que median órdenes expresas para desarrollar "*trabajos complementarios*" fuera del objeto contractual previamente pactado, o aumentos de éste sin sustrato contractual o legal.

Carecen igualmente de cobertura aquellos contratos menores adjudicados sin seguir las mínimas reglas procedimentales exigibles.

Pueden adicionarse los contratos con una indebida o insuficiente declaración de urgencia o emergencia. Estos últimos proliferaron especialmente durante el periodo de pandemia COVID-19, en el que junto a contrataciones de suministros y servicios sanitarios en los que efectivamente concurría una verdadera vinculación con las situaciones de emergencia contempladas en el artículo 120 de la LCSP, se acometieron contrataciones que no pasaban de ser "*ordinarias*" pero indebidamente planificadas, en las que se aprovechó esta vía excepcional a la vista de las ventajas que ofrecía, en un contexto de cierto desconcierto administrativo²¹.

Finalmente, cabría englobar en estos supuestos la utilización anómala de la figura de los convenios subyaciendo verdaderas relaciones contractuales, asunto éste que requeriría de un estudio separado.

²¹ La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Contratación, en el informe especial de supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia, de marzo de 2021, se señala, entre otras, la siguiente recomendación: "*tratándose de determinados objetos contractuales, parece que el recurso a la tramitación de emergencia responde más a la carencia de una diligente planificación o programación, de acuerdo con el artículo 28.4 de la LCSP, que a la concurrencia de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 120 de la misma norma, por lo que se recomienda reforzar aquella a fin de evitar la utilización de instrumentos que excepcionan la publicidad y la concurrencia, principios esenciales y vertebradores de la contratación pública*". En el informe posterior de julio de 2022, en conclusiones, se apunta: "*los contratos de emergencia consecuencia del COVID-19 encuentran un tipo de justificación diferente, ya que han tenido como base jurídica la "declaración generalizada de emergencia" hecha en el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo. No obstante, y a pesar de existir tal declaración, ha debido justificarse por cada órgano de contratación la vinculación del objeto del contrato con la situación provocada por el COVID-19, de tal forma que pueda acreditarse y razonarse que existe una relación de causa-efecto entre la situación provocada por el COVID-19 y la necesidad surgida y que se ve cubierta por el contrato tramitado por vía de emergencia. En este sentido sí cabe mencionar que, debido a la referida falta de documentación adjunta (o a su insuficiencia), no ha podido comprobarse en muchos casos la idoneidad de la justificación. Tal supervisión (y control por parte de los órganos competentes) se hace imprescindible en aras a evitar los posibles abusos que pudieran estar cometiéndose al acudir a esta tramitación*".

En toda esta multiplicidad surge la necesidad, al menos en principio, de restituir las prestaciones realizadas para frustrar el enriquecimiento injusto, y variados son los mecanismos empleados por las distintas Administraciones Públicas para su consecución.

Apunta el Consejo de Estado que ha sido dos las vías principales empleadas. En primer lugar, el procedimiento de revisión de oficio con la intención de orientar “*la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos o decisiones administrativas que dieron pie a la prestación del servicio sin cobertura contractual*”, uniendo a esa declaración de nulidad el pago de las prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios.

En segundo término, la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –así acontece particularmente en el expediente analizado en el meritado Dictamen 606/2020-.

Se divisan, por tanto, dos fundamentos disímiles, ora la responsabilidad contractual ora la extracontractual o *aquiliana*, respectivamente.

Cabría añadir una tercera vía de resolución de estas situaciones que pasaría por la mera tramitación del expediente presupuestario de convalidación del gasto, posibilidad no menos espinosa, como después podremos descifrar.

Los dos cauces principales indicados por el Consejo de Estado son cuestionables, a su juicio, por distintas razones.

En el procedimiento de revisión de oficio la pretensión ha de fundamentarse en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) de la LPAC – al que remite el artículo 39.1 de la LCSP-, esto es, la “*ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido*” para dictar dichos actos. La declaración de esa nulidad de pleno derecho se acompaña con el acuerdo sobre el pago de las prestaciones en concepto de restitución recíproca, y en su caso, de indemnización (al amparo de los artículos 42.1 de la LCSP²² y 106.4 de la LPAC), pero se objeta como principal inconveniente su “*compleja articulación*” ya que en la mayoría de ocasiones no hay rastro alguno de esos supuestos

²² Recordemos que el artículo 42.1 de la LCSP dispone lo siguiente: “*la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.*”

actos o decisiones por las que se conmina al contratista a continuar en la prestación. Esto es, si no hay acto, nada cabe revisar, máxima que atiende a una lógica incontestable.

Solo sería ajustada –se dice- la tramitación del procedimiento de revisión de oficio en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de anclaje al operador económico para llevar a cabo la prestación fuera de contrato, en el entendido de que es identificable un acto administrativo nulo susceptible de revisión, de modo que su nulidad serviría de base al pago²³.

González Sanfiel también cuestiona el uso del procedimiento de revisión de oficio porque, en su opinión, implica una tardanza irrazonable en la restitución de la compensación, poco justificable sobre la presunción de que la contratación irregular siempre es imputable a la Administración, como después veremos. Supone además, según indica, una subversión de la propia institución de la revisión de oficio que, de concebirse como una garantía del ciudadano se transmuta en un instrumento a favor de la propia Administración²⁴.

Desechando este primer cauce procedimental con los matices especificados, se antoja también inadecuada la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el funcionamiento de los servicios de ella dependientes, (consagrada, como es sabido, en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP).

Nos recuerda el Consejo de Estado su propia doctrina según la cual aquella institución viene presidida por el principio de subsidiariedad, erigiéndose sólo como procedimiento adecuado cuando no quepa acudir a otros títulos específicos para alcanzar esa misma finalidad²⁵. Se concluye, en su corolario, que, como pueden existir otros cauces diferentes

²³ Previene el Consejo de Estado que “*fuera de tales casos, esta primera vía exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto -el de la revisión de oficio- que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos. En consecuencia, la aplicación de esta primera posibilidad debe hacerse con toda cautela y evitando distorsionar sus perfiles propios y característicos*”.

²⁴ GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., 2023, pág.112.: “*(...) 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.*”

²⁵ Efectivamente, define la responsabilidad patrimonial como “*una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los*

que permiten dar curso a la restitución de las prestaciones ejecutadas, ha de desecharse el camino de la responsabilidad patrimonial²⁶. En nuestra opinión, esta afirmación es algo esquiva en la medida de que se está examinando una cuestión que carece precisamente de tratamiento expreso material y procedimental –tan sólo tiene una regulación presupuestaria, como después entreveremos-.

En este punto, el meritado Dictamen 606/2020 anuncia que “*una nutrida jurisprudencia reconoce que el enriquecimiento injusto forma parte del ordenamiento jurídico administrativo*”, y transcribe algunos pasajes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para confirmarlo, mas puntualiza que el enriquecimiento injusto no es, en sentido estricto, un procedimiento de oficio que pueda usar la Administración para canalizar el pago de las cantidades debidas por la contratación irregular, sino que, en verdad, se trata de una acción propia y singular del Derecho Administrativo que puede ejercitar el empobrecido, y distinta de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, apoyando estas afirmaciones en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012 (recurso n.º 5694/2010)²⁷. Apostilla que esa acción de

servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible” (entre otros, dictámenes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, y 456/2012, de 10 de mayo)”.

Con cita del Dictamen 390/2017, de 6 de julio, explica que “*la figura de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado estima que si la petición de indemnización se basare en un título más específico, como puede ser el que se derive de la condición del reclamante, o el supuesto de hecho causante se inserta en una relación jurídica previamente constituida que dispone de vías específicas de resarcimiento, procederá su aplicación prevalente con exclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración*”

²⁶ Concurriendo “*otras vías que pudieran evocarse para canalizar los supuestos que se vienen comentando, entiende este Consejo que debe excluirse la posibilidad de encauzar, con carácter general, este tipo de casos por la vía de la responsabilidad extracontractual con invocación del principio del enriquecimiento injusto*”.

²⁷ En su Fundamento de Derecho Cuarto se decía: “*(...) el enriquecimiento injusto o sin causa no es solo un principio general del derecho, que rige también en el derecho administrativo, sino que además debe de considerarse como una acción propia y singular del derecho administrativo, diferente de la que se ejercita en el ámbito civil, precisamente por las particularidades del ámbito administrativo. (...)no puede entenderse producida la infracción de la doctrina jurisprudencial referenciada por la recurrente pues, de un lado, la sentencia de 28 de diciembre de 2006 a la que alude, no solo distingue las acciones citadas en el ámbito del derecho administrativo, lo que vendría a corroborar el carácter autónomo de las mismas, sino que se refiere a un supuesto radicalmente diferente del enjuiciado (...)Tampoco son de aplicación al caso las sentencias invocadas por la recurrente relativas al carácter subsidiario de la acción ejercitada,*

enriquecimiento injusto exigiría su previo ejercicio por el interesado, permitiendo colegir que, si no se hiciera uso de la referida acción, la Administración no podría proceder al reconocimiento de oficio de la pretensión y, por ende, se soslayaría la posibilidad de revertir el enriquecimiento del que se ha beneficiado.

Se añade finalmente, cerrando así su decurso argumental, y en el ánimo de confirmar el declive de la vía de la responsabilidad patrimonial, que ha de prevalecer en estos casos el vínculo con la relación contractual previa -aunque ésta se halle extinguida- por lo que, *sensu contrario*, no sería dable hacer la llamada del enriquecimiento injusto en la esfera de la responsabilidad extracontractual, puesto que ésta actúa supletoriamente, como se ha dicho²⁸. La reconducción al ámbito de la responsabilidad contractual, empero, no es cuestión incontrovertida en cuanto, como es expresamente reconocido²⁹, la relación contractual ha perdido vida, se halla extinta.

Posiblemente a sabiendas de esta precariedad discursiva el Dictamen 606/2020 parece excusarse admitiendo que se trataría de la solución con mejor encaje –aunque éste no sea pluscuamperfecto-, en definitiva, la respuesta menos forzada de entre las posibles³⁰.

de las que se infieren supuestos producidos al margen del derecho administrativo; en todo caso, en esta órbita, si se acogiese esa pretendida subsidiariedad reclamada de la acción de enriquecimiento sin causa, este carácter solo habría de predicarse en el ámbito de las relaciones que derivan de un contrato, de una ley o de una sentencia, lo que no es el caso de autos.(...) Concluyamos, reiterando la ya anunciada desestimación del motivo primero del Cabildo y cuarto y quinto de la Comunidad Autónoma, que la acción de enriquecimiento injusto se considera como fuente de obligaciones, conectada con la figura de los cuasicontratos y diferenciada de la acción de responsabilidad por daños, y que precisamente por ser distinta y autónoma de la acción de responsabilidad patrimonial, su ejercicio no está sometido al plazo prescriptivo de un año previsto en el artículo 145 de la Ley 30/1992”.

²⁸ “(...) 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 esta se haya extinguido. La responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto debe considerarse, por tanto, como una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico”.

²⁹ “(...) en los casos descritos, como se ha visto, 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 su 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”.

³⁰ “(...) en tales circunstancias, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista "a vista, ciencia y paciencia" de su antigua Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual”.

Ese criterio, sin embargo, no es compartido por el voto particular³¹ que acompaña al dictamen glosado –discrepancia que se reitera en otros pronunciamientos posteriores³²-. Efectivamente, el voto dirimente se muestra refractario con la tesis mayoritaria, bajo la creencia de que en estos supuestos no puede reconocerse cobertura contractual de ninguna clase, *ergo* estaríamos en un escenario más proclive a la responsabilidad extracontractual derivada de la negligencia de la Administración³³.

Sin embargo, y a pesar de lo poco pacífico de la cuestión, el Consejo de Estado se ha ratificado en su inclinación anterior, de modo que se sigue sosteniendo la vinculación con la relación contractual, y de ahí que el cauce procedimental que habría de seguirse en la mayoría de los casos de contratación irregular, según se afirma, sería el derivado de la responsabilidad contractual, identificando como procedimiento adecuado el previsto en el artículo 97 del RGC³⁴, que actuaría como un cajón de sastre en el que se residenciarían este tipo de pretensiones.

³¹ Formulado por el Consejero Permanente de Estado D. José Luis Manzanares Samaniego.

³² El voto particular figura nuevamente, entre otros, en los Dictámenes 1592/2022, de 26 de enero, 1752/2022, de 26 de enero, 1619/2022, de 9 de marzo, o en el 535/2023, de 6 de julio. En éste último, con tono crítico, se dice que “*los últimos dictámenes del Consejo de Estado han llegado a recalificar como supuestos de responsabilidad contractual acciones que el propio reclamante llevaba al enriquecimiento injusto o a la responsabilidad patrimonial (...)*”.

³³ Así lo explica: “*(...) la dificultad que en este expediente presenta el repetido enriquecimiento es el de la configuración de su acción. Entiendo, por mi parte, que la acción ejercitada en este caso se fundamenta precisamente en dicho enriquecimiento, de modo que su denominación no es muy relevante. Procede de la jurisprudencia civil, donde como acción civil se considera. Podrá discutirse si cabe hablar aquí de responsabilidad patrimonial en el estricto sentido del término, pero esta acción se halla más cerca de la negligencia de la Administración respecto a un servicio público que de una relación contractual. Es frecuente, y así creo que fue también la práctica de este Consejo, conceder la indemnización pedida por enriquecimiento injusto sin entrar en su naturaleza. A la pregunta de si ha existido o no contrato para estas prestaciones hay que contestar con una rotunda negativa. Cuestión distinta es que el enriquecimiento injusto sea consecuencia del vacío contractual que la desidia de la Administración ha producido en un determinado servicio público*”.

³⁴ El artículo 97 del RGC, responde al siguiente tenor: “*Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:*

1. *Propuesta de la Administración o petición del contratista.*
2. *Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.*
3. *Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.*

En definitiva, se acoge una solución eminentemente utilitarista, bajo la idea -cabe entender- de que la restitución de las prestaciones realizadas debe someterse a un procedimiento administrativo, como es propio de cualquier otra actuación administrativa, y desde esta perspectiva es loable pretender ofrecer este remedio. El artículo 97, efectivamente, regula un procedimiento –también subsidiario, por cierto- para ventilar aquellas incidencias suscitadas en la ejecución del contrato que no estén sujetas a un procedimiento específico, y cumple, eso sí, con el principio de contradicción, de suerte que a su través es dable la delimitación concreta de las cantidades a satisfacer con audiencia del que realizó las prestaciones, terminando con una resolución motivada que daría pie al correspondiente recurso.

Se solucionaría así el problema antes apuntado de que el enriquecimiento injusto exige el previo ejercicio de una acción, puesto que el procedimiento del artículo 97 puede activarse tanto a instancia de parte como de oficio –su literalidad no lo impide-.

La solución alcanzada, siendo encomiable, no acaba de tener un escrupuloso encaje, como ya se ha dicho, ya que parte de una *fictio iuris*, la presencia de una incidencia en la ejecución de un contrato que no existe en verdad porque ya ha fenecido.

En definitiva, la novedosa doctrina del Consejo de Estado reduce los cauces procedimentales a dos; el procedimiento de revisión de oficio cuando se aprecia algún rastro de acto administrativo, y el procedimiento del meritado artículo 97 del RGC en los demás supuestos. Ambos procedimientos tienen como fin último el abono de las prestaciones realizadas, pero tan sólo en el primero media una declaración de nulidad de pleno derecho. En ambos sería imprescindible la tramitación previa de un procedimiento eminentemente presupuestario, el de convalidación del gasto, del que nos ocupamos después.

El Consejo Consultivo de Castilla León acoge las tesis del Consejo de Estado, como lo muestra sin disimulo su Dictamen 192/2024, de 30 de abril³⁵, a pesar de lo cual da

4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato”.

³⁵ “(...) Sin embargo, en cuanto a la vía procedente para obtener el resarcimiento, no puede dejar de apuntarse que el Consejo de Estado ha considerado que la compensación de las obras ejecutadas o de los

curso al procedimiento de revisión de oficio, no sin advertir que la opción más adecuada para obtener el resarcimiento el contratista es el empleo de la vía de la responsabilidad contractual.

El Consejo Consultivo de Aragón, en su Dictamen 67/2022, de 6 de abril, sin embargo, se separa claramente de esta doctrina, al considerar necesaria la apertura del procedimiento de revisión de oficio.³⁶ Frente a este posicionamiento, el Consejo Consultivo de Canarias abriga las advertencias del Consejo de Estado, incluso en términos más dramáticos. Así, el Dictamen 490/2024, de 12 de septiembre, con cita de otros anteriores, alerta de que la utilización del procedimiento de revisión de oficio como cauce de abono de las facturas sin cobertura contractual implica un fraude de ley y desviación de poder³⁷.

servicios prestados sin una cobertura contractual expresa, por orden de la Administración o con el conocimiento de esta, debe sustanciarse como un supuesto de responsabilidad contractual desde el momento en que tales prestaciones se encuentran conectadas con un previo contrato válidamente celebrado o han sido realizadas en el contexto de una relación que, aunque irregular, reúne los caracteres propios de un contrato (Memoria del Consejo de Estado del año 2022 y dictamen 606/2020, de 27 de mayo de 2021). Entiende en este sentido que la aplicación del procedimiento de revisión de oficio en estos casos resulta de todo punto forzada, especialmente cuando – como suele ser frecuente– no existe un acto administrativo formalizado al que aplicar dicha potestad o la prestación ya ha sido realizada. El Consejo de Estado descarta igualmente la utilización de la vía de la responsabilidad extracontractual para el propósito considerado, dado que ha sido concebida para indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en ausencia de un título jurídico más específico que justifique dicho resarcimiento. Añade que el procedimiento de responsabilidad contractual debe observar los trámites previstos en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2011, de 12 de octubre. En este procedimiento la intervención de este Consejo Consultivo se producirá si la cuantía de la reclamación supera los 50.000 euros, conforme a lo dispuesto en el artículo 191.3.c) de la LCSP”.

³⁶ “(...) Es cierto que el hecho de que ya se haya ejecutado el contrato y cumplida la prestación no puede operar como límite a la revisión de oficio en materia de contratación y que, so pretexto de una buena ejecución del contrato, no debe cerrarse la puerta a la revisión de actos nulos, fomentando así una indeseable «política de hechos consumados». Dada la asiduidad con la que se han presentado situaciones como las que constituyen objeto de este dictamen, el Consejo Consultivo ha indicado en dictámenes anteriores que es preciso huir de ciertos automatismos, tanto por parte de la Administración como por parte de los contratistas, en el recurso al procedimiento excepcional de la revisión de oficio, evitando que, como consecuencia de la nulidad del contrato, se pueda terminar abonando a las empresas el importe facturado sin analizar si realmente se corresponde o no con el valor de la prestación. Actuando así, no habría diferencia entre las consecuencias de un contrato ajustado a derecho y otro nulo de pleno derecho, y esto es una consecuencia indeseable que conviene evitar”.

³⁷ “(...)Procede aplicar al presente supuesto lo manifestado por este Consejo Consultivo en su Dictamen 301/2024, de 6 de junio: «Para finalizar, este Consejo no puede dejar de señalar que, al igual que lo hemos indicado así en otros pronunciamientos anteriores (por todos, Dictámenes 119 y 120/2024, de 7 de marzo, y 202/2024, de 24 de abril), del examen del expediente se desprende que la finalidad del procedimiento de revisión de oficio en este caso es el pago de unas facturas correspondientes a unos contratos menores. En casos como el que analizamos, el procedimiento de revisión de oficio no sirve a los fines que le son propios, haciéndose un uso fraudulento del mismo e incurriéndose en una clara desviación de poder (art. 70.2,

La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid no plantea objeción alguna a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio en estos casos, y se inclina por dar continuidad a la antigua doctrina del Consejo de Estado orillando sus nuevos postulados. Así, el Dictamen 366/2024, de 20 de junio, se cuestiona la procedencia de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato en supuestos de contratación verbal, remontándose a las consideraciones de un Dictamen de Consejo de Estado, de 21 de diciembre de 2011³⁸.

párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

En efecto, cuando lo que se persigue a través de la revisión de oficio no es, principalmente, la depuración del ordenamiento jurídico -tratando de expulsar de éste aquellos actos firmes en vía administrativa que adolezcan de vicios especialmente graves y determinantes de su nulidad de pleno derecho-, sino su instrumentalización, es decir, su utilización como mecanismo que permita soslayar todas aquellas circunstancias que impiden hacer efectivo el pago de facturas debidas a los contratistas (v.gr., levantamiento de los posibles reparos de la Intervención), nos encontramos ante un uso fraudulento o, cuanto menos, abusivo de dicha potestad revisora, lo que opera como límite a la revisión de oficio (art. 110 LPACAP).

Como hemos repetido en otras ocasiones, este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la utilización -y, en muchos casos, reiteración- de procedimientos de revisión de oficio con el fin de pagar «facturas», vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que ésta ha de interpretarse (entre otros, Dictámenes 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre, 499/2023, de 7 de diciembre o 11/2024, de 11 de enero).

En atención a tales circunstancias, y como se ha advertido en otros pronunciamientos de este Organismo consultivo (v.gr., Dictámenes 119 y 120/2024, de 7 de marzo), « (...) antes de incoar un procedimiento de revisión de oficio la Administración actuante debe valorar concienzudamente la necesidad de acudir al citado procedimiento excepcional, debiendo valorar otras alternativas de convalidación o resolución del reparo y sólo acudir a este instrumento excepcional cuando existan auténticas causas de nulidad de pleno derecho y la infracción sea grave, evidente y palmaria, en los términos ya indicados en este mismo Fundamento»”.

³⁸ “(...) Partiendo de las citadas prescripciones legales, y examinado el expediente contractual que analizamos, resulta evidente que se ha prescindido por completo de la tramitación legalmente prevista para la adjudicación y formalización del contrato. Sobre la procedencia de iniciar un procedimiento de revisión de oficio en el que se declare la nulidad del contrato en supuestos de contratación verbal, resulta muy significativo el dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre 2011 (expediente 1724/2011) en el que pone de manifiesto que por mucho que la práctica y doctrina anterior hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que “en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento. Y es que la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato. Por tanto, con el artículo 35.1 de la Ley de Contratos lo que se produce es que las adjudicaciones realizadas prescindiendo totalmente del procedimiento de contratación son supuestos de nulidad de pleno derecho que deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a

IV. La convalidación del gasto como presupuesto procedimental para la restitución de las prestaciones.

En el seno de las Administraciones Públicas es frecuente la creencia -o la conveniencia- de que es suficiente la tramitación del expediente denominado de convalidación del gasto para solventar la dificultad del pago en las contrataciones irregulares.

Cebrián Herranz y Pascual Martín³⁹ explicaron lo erróneo de tal planteamiento, al considerar que la convalidación del gasto no sana un previo contrato nulo o una modificación irregular del mismo, sino que su objeto se acota en reconocer la existencia de un obligación no presupuestada, con fundamento en la teoría del enriquecimiento injusto, y permitiendo el pago de aquella.

En coincidencia con lo anterior, el Consejo de Estado, en su Dictamen 1592/2022, de 26 de enero, se preocupa de discernir con claridad y detalle la finalidad de dicho procedimiento de convalidación, así como su relación con la invalidez de la contratación irregular. De partida, apremia precisar que en los expedientes de contratación pública la "fiscalización previa" del crédito por parte de la Intervención es un trámite preceptivo que solo se exceptúa en el caso de los contratos menores.⁴⁰ Si la fiscalización previa de la Intervención se omite, la realización del pago se hace inviable, salvo que se tramite el denominado procedimiento de convalidación de gasto⁴¹ (en el ámbito local, se distinguen

aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad". Ello no obstante, puntualiza el Consejo de Estado, "nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma". Procede, por tanto, acordar la revisión de oficio del contrato (...)"

³⁹ CEBRIÁN HERRÁNZ, L / PASCUAL MARTÍN, J I., 2019, pág.11.

⁴⁰ Así se desprende del artículo 116.3, último párrafo, de la LCSP, artículo 151.a) de la LGP y artículo 219.1 de la LHL.

⁴¹ El procedimiento previsto para el Estado se regula en el artículo 156 de la LGP y en el artículo 32 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. Para las entidades locales hay que estar al artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, en relación con los artículos 26.2.c) y 60.2 del Real

dos procedimientos con la misma finalidad, pero con denominaciones distintas, según se trate de obligaciones o gastos del ejercicio en curso o de ejercicios anteriores, de convalidación o de reconocimiento extrajudicial del crédito, respectivamente⁴²).

Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla la Ley reguladora de las Haciendas Locales en materia de presupuestos.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid debe traerse a colación el artículo 29 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, que, bajo la rúbrica “*de la omisión de la intervención*” dispone lo siguiente:

“1. En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Decreto, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo.

2. Si el Interventor general de la Comunidad de Madrid o los interventores delegados al conocer de un expediente observaran alguna de las omisiones indicadas en el número anterior, lo manifestarán a la autoridad que hubiera iniciado aquél y emitirán al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a la actuaciones, pueda el titular de la Consejería de que aquélla proceda, someter lo actuado a la decisión del Consejo de Gobierno para que adopte la resolución a que hubiere lugar.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) Las infracciones del ordenamiento jurídico que, a juicio del interventor, se hayan producido en el momento en que adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa.*
- b) Las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto.*
- c) La posibilidad o conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento.*

Los interventores delegados darán cuenta de su informe a la Intervención General de la Comunidad de Madrid en el momento de su emisión.

3. Si el titular de la Consejería acordara someter el expediente a la decisión de Consejo de Gobierno lo comunicará al Consejero de Hacienda, por conducto de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, con cinco días de antelación a la reunión del Consejo en que se conozca el asunto. Al expediente se unirá una memoria que incluya una explicación de la omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa y, en su caso, las observaciones que estime convenientes respecto del informe de la Intervención”.

⁴² Indica el Consejo de Estado, en su Dictamen 1592/2022, de 26 de enero, que “*esta distinción trae causa de las diferentes reglas competenciales previstas en la legislación local para uno y otro supuesto -referidas en el párrafo anterior-, pero carece de consecuencias conceptuales, dado que en ambos se está en presencia de una autorización ex post de obligaciones irregularmente contraídas, es decir, de una "convalidación" del gasto*”. Y en un pasaje anterior señala que en la convalidación de gastos de la anualidad corriente corresponde al Pleno o a la Junta de Gobierno Local, mientras que el reconocimiento extrajudicial de créditos correspondiente a obligaciones o gastos procedentes de ejercicios anteriores correspondería al Pleno.

Este procedimiento, a decir del Consejo de Estado, constituye una garantía presupuestaria en estas situaciones de previa situación irregular, y cumple una doble función: por una parte, pretende controlar la procedencia y cuantía de las obligaciones contraídas sin fiscalización previa, comprobando que se corresponden con servicios efectivamente prestados y debidamente valorados al precio que corresponda en cada caso; y por otra, identificar las infracciones cometidas de cara a dilucidar las eventuales responsabilidades de los sujetos intervinientes y evitar que se vuelvan a producir en el futuro.

La posible derivación de responsabilidades es lo que justifica, en opinión del Consejo de Estado, que la convalidación corresponda a un órgano distinto, jerárquicamente superior al que contrajo la obligación de forma irregular (el Consejo de Ministros en el Estado, el Consejo de Gobierno en las comunidades autónomas, o el presidente del Pleno o la Junta de Gobierno Local en las entidades locales).

La decisión de dichos órganos en este procedimiento ha de descansar en el informe elaborado por la Intervención, que, siguiendo la dicción del artículo 156.2 de la LGP, deberá tener un contenido que permita vislumbrar, como mínimo, y en primer lugar, las infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran puesto de manifiesto de haber sometido el expediente a fiscalización previa en el momento oportuno; en segundo término, ha de identificar las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicha actuación irregular; en tercer lugar, la procedencia de la revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento; y finalmente, la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes⁴³. Nótese que este precepto hace referencia a la “*procedencia*” de la revisión de los actos, lo que parece indicar la necesidad de incoar ulteriormente el procedimiento de revisión de oficio.

Sin embargo, el artículo 32.2.c) del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, aunque anterior temporalmente y de inferior rango normativo, pero formalmente vigente, reseña un relevante matiz que invita a la reflexión, porque no remite a la revisión de oficio de manera perentoria y automática, sino que alude

⁴³ Éste es el contenido mínimo descrito en el artículo 156.2 de la LGP.

a *“la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento”*

Este mismo sendero se sigue en el ámbito de la Comunidad de Madrid. El artículo 29 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, también dispone que el informe de la Intervención referido debe contener una indicación sobre la *“procedencia”* o *“conveniencia”* de la revisión de los actos irregulares, lo que denota que no en todos los casos procede iniciar el procedimiento de revisión.

Ello debe comprenderse, en nuestra opinión, con la significación que se explicita en el artículo 28.2.e)⁴⁴ del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, según el cual sólo deberá principiarse el procedimiento de revisión si se estimare que previsiblemente el resultado de éste concluirá un importe inferior de la indemnización del contratista irregular respecto de la propuesta compensatoria derivada del procedimiento de convalidación, y ello por razones de eficiencia del gasto público. También por economía procedimental –dice la norma- se prescindirá de la tramitación de dicha revisión. El espíritu que subyace es plausible desde un doble punto de vista crematístico, puesto que este diseño acelera el pago de las prestaciones al operador económico, con la correlativa reducción de los intereses de demora, aspecto que trataremos más adelante, además de servir a la disminución del importe principal.

Como se observa, la normativa presupuestaria analizada no es unívoca; la de carácter legal estatal parece propender a la perentoriedad del procedimiento de revisión, mientras que su desarrollo reglamentario y la normativa aplicable a las entidades locales y la de la Comunidad de Madrid abocan a una alternativa, siendo sólo obligatoria la revisión si ésta puede suponer un ahorro para las arcas públicas. En todo caso, en lo que hace al orden

⁴⁴ *“(…) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.”*

temporal procedimental, es ocioso reseñar que el expediente presupuestario de convalidación de gasto deberá preceder al procedimiento de revisión.⁴⁵

En lo que aquí interesa, insistimos en que el procedimiento presupuestario incluye un mandato que se inclina por tramitar el procedimiento de revisión de oficio sólo en los casos comentados, lo que tiene un complicado acople con la tendencia doctrinal del Consejo de Estado antes entreverada, que lo acota a los supuestos en los que hay rastro de acto administrativo. Pudiera concurrir, efectivamente, algún supuesto en el que, por los motivos económicos apuntados, fuera necesario acudir a la revisión de oficio, según la normativa presupuestaria, pero que, según la doctrina del Consejo de Estado -por inexistencia de rastro de acto-, debiera reconducirse el asunto al procedimiento del artículo 97 del RGC. Se nos antoja una contradicción difícilmente salvable en la que no se ha reparado y que mermaría las recientes tesis del Consejo de Estado.

En cualquier caso, la importancia del procedimiento presupuestario comentado es incontestable; primero porque se constituye en premisa necesaria para el pago de las prestaciones derivadas de la contratación irregular, como ya hemos apuntado, pero también porque su resolución se erige en el *dies a quo* del cómputo de los intereses de demora que correspondería abonar al operador económico. Así lo indica el Consejo de Estado, modulando la aplicación del artículo 198.4 de la LCSP⁴⁶, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷. Según aquel precepto, el hito temporal

⁴⁵ Así lo aclara el Dictamen que analizamos, con cita de otros precedentes: “*la doctrina del Consejo ha recordado en numerosas ocasiones la necesidad de la "previa convalidación del gasto" en estos casos (dictámenes números 828/2003, de 29 de mayo; 3.111/2004, de 17 de febrero de 2005; 3.305/2004, de 17 de febrero de 2005; 3.306/2004, de 3 de marzo de 2005; 1.712/2005, de 15 de diciembre; 2.335/2006, de 27 de diciembre; 375/2009, de 30 de abril; 488/2012, de 21 de junio; 160/2013, de 18 de abril, 311/2014, de 3 de julio; 676/2014, de 23 de julio; 943/2014, de 4 de diciembre; 224/2015, de 28 de mayo; 1.037/2015, de 10 de diciembre; 783/2017, de 16 de noviembre)*”.

⁴⁶ “(...) *La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio. (...)*”

⁴⁷“(…) En diversos pronunciamientos, la jurisprudencia ha venido entendiendo que, en el caso de obras y servicios realizados sin contrato en beneficio de la Administración, el plazo legalmente establecido para el devengo de los intereses de demora no debe computarse a partir de la aprobación de las certificaciones o documentos que acrediten la conformidad con las obras o servicios realizados, sino desde el acuerdo de convalidación del gasto.

Esta posición se mantuvo por primera vez en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004 (recurso 2341/2000), que dice así (F.J. 3.º):

“(…) es procedente declarar que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato sólo se podían devengar a partir de 1998, en atención (…) a que la convalidación definitiva de las obras se produce por acuerdo del Consejo de Ministros de 1998, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las obras, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar que el contratista también sabía que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos.

Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre las obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato”.

La misma línea se mantiene en otros pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal y, en particular, en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 605/2020, de 28 de mayo, Sección Cuarta (recurso n.º 5223/2018) y n.º 722/2022, de 13 de junio, Sección Tercera (recurso n.º 5437/2020), de particular relevancia habida cuenta de que, tras la reforma del recurso de casación realizada en el año 2015, solo llegan al Tribunal Supremo por esta vía, y en número mucho más reducido que antes de dicha reforma, las cuestiones que presenten un “interés casacional objetivo”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 605/2020, de 28 de mayo (recurso n.º 5223/2018) examinó el supuesto por la vía contractual -como pago del precio de los servicios prestados-, concluyendo que, en los supuestos de prestaciones realizadas por el antiguo contratista a solicitud de la Administración una vez finalizado el contrato de servicios y al margen del principio de licitación pública, el plazo de devengo de los intereses de demora no debe computarse a partir de la aprobación de los documentos que acrediten la conformidad con los servicios realizados, sino desde el acuerdo de convalidación del gasto. El Alto Tribunal consideró que la empresa prestataria del servicio “no puede pretextar desequilibrio en su posición ya que si” la Administración “se benefició del servicio” prestado, dicha empresa “obtuvo el provecho de un encargo, finalmente retribuido, al margen de los procedimientos de concurrencia previstos por la Ley” (F.J. 4.º). Y dio respuesta a la cuestión con interés casacional objetivo que se le planteaba concluyendo que (F.J. 5.º):

“El día inicial para el cómputo de los intereses de demora, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [vigente artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público], a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo n.º 722/2022, de 13 de junio (recurso n.º 5437/2020), por su parte, analizó el mismo supuesto por la vía indemnizatoria -la Administración había tramitado una previa revisión de oficio-, entendiendo que la indemnización otorgada por dicha Administración, previa convalidación del gasto y sin intereses de demora, se ajustaba a derecho.

También son numerosos -y de especial valor tras la reforma del recurso de casación del año 2015- los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que llegan a la conclusión de que no procede el abono de intereses de demora antes del acuerdo de convalidación del gasto (sentencias de 17 de enero de 2020, Sección Octava -recurso n.º 61/2019-; de 14 de octubre de 2019,

potenciador de los intereses se ubica en “*la aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados*”, posponiéndose, sin embargo, en los casos aquí analizados, a la terminación del procedimiento de convalidación del gasto, lo que vuelve a responder a la idea de penalizar la connivencia del operador económico en la irregularidad. Se suscita nuevamente el dilema de si resulta adecuado atribuir al operador económico parte de la responsabilidad en estas prácticas anómalas. No parece irrazonable afirmarlo, desde luego, en el supuesto analizado por el Consejo de Estado en su Dictamen 1592/2022⁴⁸, pero en otros puede resultar más discutible.

V. Instrumentos previstos en la LCSP para evitar las contrataciones irregulares: la prórroga extraordinaria, las ordenes de continuidad, contratos puentes y otros.

La LCSP no es ajena a algunas de las causas que pueden provocar la contratación irregular y dispensa determinadas herramientas propensas a evitarla. De entre ellas la más novedosa es la que podríamos denominar prórroga excepcional o extraordinaria prevista en el artículo 29.4 de la LCSP en su último párrafo⁴⁹.

Sección Octava -recurso n.º 398/2018-; de 10 de julio de 2017, Sección Octava -recurso n.º 278/2016-; de 12 de septiembre de 2018 -recurso n.º 247/2017-; de 6 de junio de 2018, Sección Quinta -recurso n.º 1007/2016-; de 14 de septiembre de 2016, Sección Cuarta -recurso n.º 71/2016-; y de 11 de septiembre de 2014, Sección Primera -recurso n.º 497/2012-)”.

⁴⁸ Véanse las circunstancias descritas: “*la aplicación de esta jurisprudencia al presente supuesto se encuentra especialmente justificada en la medida en que SURESTE SEGURIDAD S. L., que había sido adjudicataria del servicio de vigilancia de las dependencias municipales de la Ciudad Autónoma de Melilla al amparo del expediente n.º 165/2019, rechazó la prórroga de dos años de este contrato a la que tenía derecho, obligando a la Administración contratante a licitar un nuevo contrato, y, entretanto este procedimiento se resolvía, siguió prestando el servicio durante dos años a través de diversos contratos que le fueron adjudicados, legalmente pero sin una efectiva concurrencia de licitadores, a través del procedimiento negociado, con la consiguiente actualización de precios, e incluso sin contrato, como sucedió entre el 11 de septiembre y el 31 de octubre de 2021*”.

⁴⁹ “(...) No obstante, lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario”.

Se trata de una prerrogativa que, respecto de los contratos de suministros y servicios de tracto sucesivo, permite dar continuidad a la prestación, vencido el plazo contractual en determinadas circunstancias⁵⁰. Se exige que se acuerde mientras el contrato original esté ejecutándose en vías de vencimiento y que haya habido una actuación diligente de la entidad contratante en la programación del procedimiento contractual futuro, anunciando con una mínima antelación la nueva licitación que tenga por objeto sustituir el contrato que se está ejecutando – tres meses respecto de la fecha final del contrato-, y siempre que se demore la adjudicación del nuevo contrato por mor de acontecimientos imprevisibles en el seno de la nueva licitación.

Si se incumplieran tales premisas, y se prolongara la prestación, la prórroga excepcional no sería válida, convirtiéndose en una contratación irregular.

No ha de confundirse esta prórroga extraordinaria y forzosa con las denominadas órdenes de continuidad⁵¹, aunque todas coadyuvan a la misma finalidad -mantenimiento de las prestaciones por razones de interés general-. Nos referimos a las previsiones del

⁵⁰ En palabras del Informe 6/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, tiene por finalidad *“garantizar la continuidad de la prestación, en aquellos supuestos en que, concurriendo razones de interés público para no interrumpirla, al vencimiento del contrato no se disponga de un nuevo contrato formalizado a causa de incidencias que se tienen que producir en el procedimiento de adjudicación y que tienen que ser resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación”*.

⁵¹ El Informe 13/2024, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, nos recuerda ciertos precedentes normativos de las órdenes de continuidad así como la importancia, a día de hoy, de emplear una adecuada corrección terminológica, para evitar el desconcierto: *“la prerrogativa de la Administración de ordenar la continuidad del servicio ya se había reconocido en términos similares con anterioridad a su incorporación a la LCSP, si bien bajo la rúbrica de prórrogas forzosas, por ejemplo, en la Sentencia 1066/2020, de 21 de julio, del Tribunal Supremo, respecto de una “prórroga forzosa” prevista en el artículo 85 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, que faculta a la Administración para que pueda adoptar un acuerdo formal de prórroga de un contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros en caso de interrupción o riesgo inminente que se produzca dicha interrupción; y en la Sentencia 2470/2023, de 28 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), en relación con la “prórroga forzosa” del artículo 235.a del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales, que obliga a la contratista a seguir prestando el servicio hasta que otro se haga cargo de su gestión. En este sentido, conviene apuntar que tradicionalmente, tanto la jurisprudencia como la doctrina administrativa, ha empleado la denominación de prórroga forzosa para referirse a estos supuestos de extensión del plazo de duración de los contratos de gestión de servicios públicos, mediante la imposición al contratista de continuar con la prestación por razones de interés público cuando a su vencimiento no se disponía de un nuevo contrato. Sin embargo, con la supresión de estos contratos de gestión de servicios públicos y su redefinición en contratos de concesión de servicios y en contratos de servicios, no parece conveniente aplicar este 'nomen iuris' de forma indistinta a los contratos de concesión de servicios y de servicios a las personas, pues dicha prórroga forzosa sólo encuentra su equivalencia, en la normativa actual, en la regulación de las órdenes de continuidad de los contratos de concesión de servicios”*.

artículo 29.3⁵² o a las órdenes de continuidad *ope legis* del artículo 288.a)⁵³, a las que debe sumarse la orden de continuidad facultativa del artículo 213.6⁵⁴, todos ellos de la LCSP.

Dichos instrumentos presentan ciertas diferencias. Así, en la orden de continuidad del artículo 29.3 actúa como requisito previo la demora en la ejecución de la prestación y es aplicable a todo tipo de contratos. Sin embargo, la prevista en el artículo 288.a) sólo alcanza a la concesión de servicios, acotación que ha remarcado el Informe 13/2024, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña,⁵⁵ y atendiendo a su dicción literal actúa *ope legis*, sin perjuicio de que deba contar con la correspondiente

⁵² En el artículo 29.3 se dispone que “cuando se produzca demora en la ejecución de la prestación por parte del empresario, el órgano de contratación podrá conceder una ampliación del plazo de ejecución, sin perjuicio de las penalidades que en su caso procedan, resultando aplicables en el caso de los contratos administrativos lo previsto en los artículos 192 y siguientes de esta Ley”.

⁵³ “El concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato”.

⁵⁴ “Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero”.

⁵⁵ “(...) En cuanto a la circunscripción de las órdenes de continuidad a los contratos de concesión de servicios cabe apuntar que el legislador estatal ha obviado indeliberadamente regular la posibilidad de continuidad forzosa de la prestación en lo que se refiere a los contratos de servicios, en general, y a los de servicios a las personas, en particular, de modo que en caso de concurrir razones de interés público para seguir prestando estos servicios, únicamente es posible ordenar dicha continuación si se recurre al uso de la prórroga regulada en el último párrafo del artículo 29.4 LCSP, que parece más adecuada calificarla como “excepcional” –más que de “forzosa”, aunque lo sea, como lo son también las prórrogas ordinarias si se da el preaviso previsto–, teniendo en cuenta que para su adopción deben cumplirse los requisitos fijados”.

formalización. La orden de continuidad facultativa del artículo 213.6 es aplicable a cualquier contrato.

Esta última, sin embargo, está sometida a determinados requisitos imbuidos de un aurea similar a las del artículo 29.4, en cuanto exige cierta diligencia al órgano de contratación, que tendrá que iniciar una nueva licitación en el momento en que se incoa el procedimiento de resolución del contrato anterior. Está vinculado a determinadas causas de resolución, primariamente sólo a la causa de imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados⁵⁶, extendiéndose después, en la vigente LCSP, a otras tres causas más de resolución.

El periodo de continuidad de la prestación se extiende desde el acuerdo de resolución hasta la formalización del nuevo contrato, si bien las prestaciones deben limitarse a las medidas necesarias “*por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado*”, conceptos éstos que han de interpretarse de manera restrictiva al tratarse de un cauce excepcional *extra muros* del contrato.

⁵⁶ Apunta la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid a este respecto, en su Dictamen 173/2019, de 29 de abril, que “*es una causa de resolución que fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para aquellos supuestos en los que se pretendía modificar un contrato pero la modificación no podía llevarse a cabo porque no existían los requisitos legales para ello, y, no siendo modificable el contrato, existía imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o existía la posibilidad de lesión grave para el interés público en caso de continuarse su ejecución. Así, se resaltaba por el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley) -y se reiteró en el Dictamen 318/2012-, que el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Con la introducción de esta nueva causa de resolución contractual -ahora que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas- lo que se pretendía era permitir poner fin a los contratos en aquellos supuestos en los que no podían ser modificados pero tampoco ejecutados en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le fuera imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). Como señala el Consejo de Estado en el citado Dictamen 318/2012 “(...) Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración.”*”

Debe puntualizarse que la prolongación de la prestación sin reunir los requisitos exigibles en cada caso es susceptible de recurso especial en materia de contratación, según han reconocido algunos de los tribunales administrativos competentes en la materia, haciendo una interpretación integradora del artículo 44 de la LCSP⁵⁷. La Resolución 382/2023, de 14 de junio, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público⁵⁸ lo justifica sobre la identificación material que a estos efectos puede predicarse entre aquellas situaciones y las adjudicaciones directas sin procedimiento.⁵⁹ A ese mismo sentir obedece la Resolución 5/2024, de 10 de enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (OARC), en un supuesto en el que se combatía por parte del contratista la extensión de la prestación por considerar que incumplía los requisitos del artículo 29.4 de la LCSP, y así se confirmó⁶⁰, concluyendo

⁵⁷ La postura contraria se mantiene, sin embargo, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 345/2024, de 5 de septiembre, siguiendo las tesis del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: “Este Tribunal, en su Resolución 417/2022, de 3 de noviembre, compartiendo el criterio seguido por el TACRC, entre otras en su Resolución 685/2021, de 11 de junio, señalábamos: “es evidente que el Acuerdo de prórroga recurrido no tiene encaje a priori dentro de ninguno de los apartados del precepto transcrito. En este sentido, el acuerdo de prórroga adoptado se enmarca en la fase de ejecución contractual, propiciando una extensión del plazo de duración inicial. Se trata así de un acto que no se produce en el procedimiento de preparación y adjudicación del contrato, y que no puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación. Así lo hemos señalado en la Resolución nº 610/2020, que su vez se remite a la Resolución nº 885/2014”.

⁵⁸ Esta Resolución conoció de un recurso especial en materia de contratación contra un acto que acordaba la prórroga de su contrato de servicios, habiendo vencido todas las prórrogas “posibles” conforme lo dispuesto en el artículo 29 de la LCSP e incluso una prórroga adicional que ya no tendría amparo en dicho artículo, puesto que, llegada la fecha de finalización del contrato (31 de diciembre de 2020), este fue objeto de prórroga en conformidad con el establecido a los pliegos (hasta el 31 de diciembre de 2021) y, con posterioridad, se acordó una nueva prórroga por 9 meses más al amparo de aquella norma (hasta el 30 de septiembre de 2022); aun así, seguidamente, todavía se acordaron dos más, excediendo el límite señalado en el precepto (del 1 de octubre de 2022 al 31 de diciembre de 2022 y, del 1 de enero de 2023 al 30 de junio de 2023), siendo la última la que constituye el objeto del recurso.

⁵⁹ “(...) En este sentido, si bien la decisión de continuidad de un servicio, o de prórroga excepcional o forzosa de un contrato, ciertamente, no viene recogida nominalmente como tal entre los actos objeto del recurso especial en el artículo 44.2 de la LCSP, como sea que, materialmente, incluye la adjudicación directa de un servicio –en el caso examinado, el de cafetería, comedor y explotación de máquinas de venta automática por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2023 y el 30 de junio de 2023 a favor de la empresa que era la contratista-, privando a otras empresas interesadas de la posibilidad de concurrir a una licitación pública, este Tribunal, tal como ha tenido la ocasión de analizar en otros supuestos de continuidad en la prestación de servicios (en este sentido, las resoluciones 365/2023, 211/2020, 210/2020 y 216/2019), considera que la decisión impugnada se erige como un acto de adjudicación que, por lo tanto, es objeto del recurso especial, conformemente con el artículo 44.2 c) de la LCSP”. Sobre puntualizar que la referida resolución estimó el recurso interpuesto, reputando nula de pleno derecho la orden de continuidad al amparo del artículo 47 de la LPAC –presumimos que por falta de procedimiento, aunque no se precisa expresamente-.

⁶⁰ “(...) El artículo 29.4 LCSP reproducido más arriba exige expresamente que los acontecimientos imprevisibles se produzcan “en el procedimiento de adjudicación”, lo que no sucede en este caso, en el que las circunstancias alegadas por el Ayuntamiento pretenden justificar precisamente la demora en el inicio de dicho procedimiento, y no su retraso una vez iniciado. Esta exigencia es consecuente con la

que “la consideración de que el acto impugnado no está amparado en el artículo 29.4 LCSP implica que se trata de la adjudicación directa de un contrato de servicios sin la tramitación previa del correspondiente procedimiento de adjudicación, por lo que se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en los artículos 39.1 LCSP en relación con el 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, y 39.2 c) LCSP”⁶¹.

Así pues, la doctrina administrativa viene imponiendo la nulidad de las prórrogas extraordinarias cuando adolecen de los requisitos prevenidos en el meritado artículo 29.4, anudando la nulidad de pleno derecho, en su caso, asimilándolas, en consecuencia, a adjudicaciones sin procedimiento, o lo que es lo mismo, a las contrataciones irregulares, razonamiento que, *mutatis mutandi*, sería extensible a las órdenes de continuidad que carecieran de sus respectivos presupuestos.

También ha de tenerse presente la previsión legal que habilita a reducidas desviaciones del objeto contractual; “los excesos de medición”⁶² en el contrato de obra (artículo 242.4.i de la LCSP⁶³), que permite un aumento de unidades de obras por encima

finalidad del precepto, que es ofrecer un cauce legal de continuidad del servicio a un poder adjudicador que tramita a tiempo el procedimiento de adjudicación del nuevo contrato, el cual se dilata por causas que no le son imputables; por ello, esta norma excepcional no es aplicable cuando la causa es previa al procedimiento de adjudicación”.

⁶¹ En igual sentido la Resolución 202/2022, de 22 de diciembre del mismo Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁶² El Informe 57/2009, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, precisa que dicho precepto comprende tanto el exceso de obra como su disminución, sin que sea necesaria la modificación contractual en ninguno de los casos, siempre que se cumpla el límite del 10 por ciento: “la redacción que ofrece la LCSP en el artículo 242.4 i) tiene, a los efectos de la consulta que se nos dirige, un contenido similar a la del artículo 160 del Reglamento e, incluso, bien puede decirse que recoge los pronunciamientos de esta Junta al respecto cuando alude a una variación en global de las unidades ejecutadas sobre las previstas, o cuando habla expresamente de “exceso de mediciones”, tal como ya hacíamos en nuestro informe del año 2006. Por lo tanto, es comprensible que la interpretación del precepto haya de ser la misma. A ello hay que añadir que en la actualidad una de las finalidades más importantes de las normas que regulan la modificación de los contratos públicos, aparte por supuesto de evitar el crecimiento inadecuado del gasto público, es evitar que pueda vulnerarse el principio de libre competencia mediante el abuso de la modificación sobrevenida del contrato. Por ello, ante la existencia de una pequeña discrepancia no ocasionada por el contratista en el número de unidades de obra se considera que no estamos ante una modificación contractual, que no hay riesgo para la competencia y que, en consecuencia, no es siquiera necesario tramitar un expediente de modificación del contrato. Si tal conclusión es clara respecto de los pequeños incrementos en las unidades de obra sufridos durante la ejecución del contrato, con mayor razón ha de serlo también a los supuestos de minoración accidental de las unidades de obra ejecutadas sobre las previstas. En este caso es evidente que no hay incremento alguno del gasto público y que no puede existir perjuicio alguno para el resto de los licitadores que concurrieron a la selección del contratista. Por lo tanto, en los supuestos de defectos de medición no estaremos en presencia de una modificación del contrato propiamente dicha y no será necesario tramitar un expediente de modificación”.

de las inicialmente previstas, sin necesidad de acudir a la modificación del contrato, siempre que no impliquen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Desde esta perspectiva, no estaríamos en presencia de una contratación irregular, siempre que resulte aquilatada a los contornos cuantitativos destacados, dejando, por tanto, un pequeño halo de ampliación de las prestaciones al margen de las previsiones originarias.

Supuestos análogos se reproducen en los contratos de suministro y servicios cuando se utiliza la modalidad de determinación de precios unitarios. El artículo 301.2⁶⁴ de la LCSP así lo prevé respecto de los primeros, permitiendo incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato. Por su parte, el artículo 309.1⁶⁵ de la LCSP alberga la posibilidad de aumentar la unidades de ejecución inicialmente previstas, siempre que no supongan igualmente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato. Tales incrementos no tienen la consideración de modificaciones contractuales.

Con este mismo espíritu se configuran los contratos de servicios y suministros en función de las necesidades⁶⁶, previstos en la disposición adicional trigésimo tercera de la

⁶³ “(...) *El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra*”.

⁶⁴ “(...) *En el contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato*”.

⁶⁵ “(...) *En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato*”.

⁶⁶ Como nos ilustra el Informe 5/2016, de 25 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón “*desde la introducción de la Disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP —por la Disposición final decimotercera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas—, no cabe ninguna duda acerca de la posibilidad de los contratos de servicios por precios unitarios en función de las necesidades; que vienen a incorporarse al ordenamiento jurídico de la contratación pública con su propia carta de naturaleza, en cuanto a la tipología contractual se refiere, y su específico régimen jurídico*”. Con anterioridad sólo se predicaba de los contratos de suministros.

LCSP, en los que se puede aumentar el presupuesto máximo si dentro de la vigencia del contrato las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, aunque en estos casos, deberá tramitarse la correspondiente modificación⁶⁷, con el límite del 20 por ciento, conforme prescribe el artículo 204.1 de la LCSP.

Los denominados “*contratos puentes*” conducen también al soslayo de las contrataciones irregulares. A ellos se refiere el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 17/2020, de 20 de mayo⁶⁸, considerando que los mismos están “*única y excepcionalmente justificados por el grave perjuicio que para el interés público representa la pérdida de un servicio que afecte a aspectos tan relevantes como la salubridad o la seguridad pública, y de los que debe hacerse un uso limitado al tiempo estrictamente imprescindible para terminar la licitación correspondiente*”.

Los “*contratos puentes*” admiten distintas variantes. Podríamos señalar, en primer lugar, los contratos que pueden adjudicarse mediante el procedimiento negociado con publicidad en el caso de que en precedentes procedimientos abiertos o restringidos solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables (artículo 167.e de la LCSP); también los contratos de servicios sociales personalísimos que tengan como una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad a la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio (artículo 167.f de la LCSP). Como

⁶⁷ Matiza el reciente Informe de 1/2024, de 27 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, que “*en los contratos de suministros y servicios en función de las necesidades regulados en la D.A 33ª, la previsión de una modificación del contrato no es potestativa del órgano de contratación, sino que hay que preverla obligatoriamente en el PCAP y en el contrato que se formalice; y cuando las necesidades reales sean superiores a las estimadas inicialmente se tendrá que tramitar el modificado en los términos del artículo 204 de la LCSP*”.

⁶⁸ “*(...) Si, ni siquiera acudiendo a estas opciones que la ley contempla para la reducción de plazos y trámites, fuera posible la finalización en plazo de los procedimientos, esta Junta Consultiva ya aludió (Informes 42/14 y 86/18) a la posibilidad muy excepcional de emplear una nueva licitación muy ágil con el fin de permitir la continuidad en la prestación del servicio. Dentro de estas posibilidades en nuestros precedentes informes aludíamos al procedimiento negociado sin publicidad, en los casos en que la legislación autorice su uso, y en la legislación vigente se añaden supuestos como el contrato menor (conforme se indica en nuestro Informe 73/2018), el procedimiento abierto simplificado y el más simplificado del artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, amén de la posibilidad que ofrece el artículo 29.4, a la que a continuación aludiremos. Son los que la doctrina ha denominado contratos puente, única y excepcionalmente justificados por el grave perjuicio que para el interés público representa la pérdida de un servicio que afecte a aspectos tan relevantes como la salubridad o la seguridad pública, y de los que debe hacerse un uso limitado al tiempo estrictamente imprescindible para terminar la licitación correspondiente, todo ello sin perjuicio, cuando proceda, de la responsabilidad del órgano de contratación en los supuestos en que pueda haber existido negligencia en la tramitación.*”

se ve, en ambos casos se admite acudir a un procedimiento de contratación más ágil para evitar el interregno de prestaciones.

Se ofrecen mayores facilidades aún, en el procedimiento negociado sin publicidad, siendo dable acudir al mismo cuando no se haya presentado ninguna oferta, ninguna oferta adecuada, ninguna solicitud de participación, o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que se cumplan determinados requisitos⁶⁹ (artículo 168.a.1º de la LCSP). Sucede lo mismo cuando exista una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, que demanden una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119 de la LCSP (artículo 168.b.1º de la LCSP) o cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables –supuesto legitimador del procedimiento negociado con publicidad, como hemos visto-, pero que en este caso puede prescindirse de la misma –haciéndolo más ágil- si en la negociación se incluye a todos los licitadores que, en el procedimiento antecedente, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación, y siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución (artículo 168.b.2º de la LCSP)⁷⁰.

Otra manifestación de los “*contratos puentes*” es la que emana del procedimiento simplificado⁷¹, novedad procedimental introducida en la LCSP, teniendo en cuenta, como apunta su Exposición de Motivos, que “*nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación*”⁷². Sin embargo, no

⁶⁹ Se exigen ciertos condicionantes en esta nueva licitación, y es que las condiciones iniciales del contrato no pueden modificarse sustancialmente, entendiéndose que se produciría una modificación sustancial si se incrementa el presupuesto base de licitación o se modifica el sistema de retribución. Habrían de aplicarse también los límites de la modificación sustancial previstos en el artículo 205.2.c) de la LCSP. En adición, deberá mandarse un informe sobre el procedimiento negociado tramitado a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite.

⁷⁰ Los supuestos prevenidos en el artículo 168.2 sólo rigen respecto de los contratos de obras, suministros y servicios.

⁷¹ Al menos así los cataloga el referido Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 17/2020, de 20 de mayo.

se trata de un procedimiento de alcance general, porque como es sabido, se restringe a los contratos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado supere determinados umbrales establecidos en la propia LCSP. Se introduce un límite adicional en función de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, pues se exige que no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en cuyo caso su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total (artículo 159.1 de la LCSP).

Mayor vivacidad cobraría la especialidad del procedimiento simplificado prevista en el artículo 159.6 de la LCSP, aunque sólo regirá en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 60.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual a los que no será de aplicación dicho límite.

También se ha considerado a los contratos menores como “*contratos puente*”, en la medida que cabe su adjudicación flexible en los términos del artículo 118 de la LCSP. Ciertamente su utilización para evitar la contratación irregular es limitada, porque no se podría contravenir por esta vía la interdicción del fraccionamiento del contrato, lo que deja poco margen para dar cobertura real a la prestación que pueda quedar pendiente de adjudicación por otros procedimientos.

Finalmente, no cabe olvidar que la normativa contractual, desde antiguo, es sabedora de la posible aparición de necesidades imprevistas y perentorias para cuya cobertura se hace necesario acudir a tramitaciones rápidas, a cuyo fin contempla la tramitación urgente, con reducción de plazos, además de la tramitación de emergencia a la que ya nos hemos referido con anterioridad.

A la tramitación urgente se refiere el artículo 119 de la LCSP, y procede cuando la celebración de los contratos responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. La declaración de urgencia ha de efectuarse en el seno del procedimiento de contratación y ha de estar debidamente

⁷² Añade esta parte expositiva que “*sus trámites se simplifican al máximo, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre; no se exigirá la constitución de garantía provisional; resultará obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores; y la fiscalización del compromiso del gasto se realizará en un solo momento, antes de la adjudicación*”

motivada, y sus efectos se despliegan en tres órdenes de asuntos. De un lado, dotando a los expedientes de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes, salvo ciertas excepciones en cuyo caso el plazo puede extenderse hasta diez días. En segundo lugar, los plazos establecidos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo las excepciones expresamente previstas en el propio precepto. Por último, el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá exceder de un mes, contado desde la formalización, lo que guarda plena coherencia con la premura declarada por el órgano de contratación.

En la tramitación de emergencia, a diferencia de lo anterior, se exige la concurrencia de determinadas circunstancias habilitantes y tasadas, circunscritas a acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. En estos casos se permite al órgano de contratación, en virtud del artículo 120 de la LCSP, sin obligación de tramitar expediente de contratación, ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la LGP.

Junto a todo lo anterior procede mencionar el régimen de modificaciones previstas y no previstas en los pliegos, la revisión de precios o los reequilibrios económico-financieros como fórmulas que coadyuvan al mantenimiento ordinario de la vigencia de los contratos.

Por todo, a la vista de todo lo precedentemente expuesto, puede convenirse que la LCSP alberga un amplio abanico de prevenciones que dotan a los órganos de contratación de suficiente margen para evitar las contrataciones irregulares, siendo éstas cada vez menos justificables con poco que se comprometa una mínima diligencia de planificación por parte de aquellos.

VI. Efectos de la contratación irregular: la restitución al operador económico de las prestaciones realizadas sin cobertura contractual.

Ya hemos apuntado que la doctrina del Consejo de Estado⁷³ revela la procedencia del abono de las prestaciones realizadas sin contrato, condicionado a que las mismas hayan sido desenvueltas con la aquiescencia expresa o tácita de la Administración contratante y a satisfacción de ésta.

Sensu contrario, se excluye la procedencia de toda compensación si se acreditase que la prestación del servicio no se hizo "*a vista, ciencia y paciencia*" de la Administración contratante, lo que permite discernir dos supuestos; si ésta no estaba al corriente de esa continuación en la prestación; o si manifestó expresamente su oposición⁷⁴. En ambos casos, se niega, como decimos, el derecho de restitución, postura lógica y coherente con las premisas del enriquecimiento injusto antes tratadas, pero de casuística muy poco probable, con la dificultad añadida de que debiera apoyarse en algún soporte probatorio. No en vano, en el análisis de la diversidad de pronunciamientos analizados para la preparación de este estudio no se ha hallado ningún supuesto de hecho en el que concurren estas circunstancias, lo que ya de por sí es sintomático de que muy difícilmente es factible que la Administración sea desconocedora de la realización de unas prestaciones que favorecen sus intereses, y más aún, que alguien pueda continuar en esas prestaciones si la Administración ha intimidado previamente su cese.

En la señalada situación de aquiescencia de la Administración, el Consejo de Estado entiende adecuado atender al precio establecido en el contrato original y precedente para el cálculo del importe de la restitución como regla general, en la medida en que las prestaciones se realizan sin solución de continuidad respecto de una relación contractual precedente, y sobre la base de que la retribución de las prestaciones realizadas no tiene un carácter indemnizatorio o resarcitorio sino restitutorio –así lo califica el artículo 42.1 de la LCSP-.

La regla general expuesta admite, a juicio del Consejo de Estado, dos excepciones: si la Administración y el contratista hubieran convenido específicamente un precio distinto para la continuación de la prestación, en cuyo caso sería aplicable éste en lugar del pactado en el pretérito contrato; o si la conducta del contratista pudiera quebrar de alguna

⁷³ Dictamen del Consejo de Estado 1619/2022, de 9 de marzo.

⁷⁴ Dictamen del Consejo de Estado 606/2020, de 27 de mayo.

manera el nexo causal de la restitución, lo que podría justificar una reducción del precio a abonar. Ambas excepciones no están exentas de controversia por las razones que exponemos a continuación.

Para el primero de los casos, el Consejo de Estado suele invocar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2020 (rec.5223/2018)⁷⁵, en la que subyace la idea de dar efectividad a una relación acordada atípica e irregularmente entre las partes, siendo necesario un soporte probatorio indubitado de la voluntad de ambas partes de otorgarla y consentirla. En nuestra opinión, el mantenimiento de este criterio implica dar validez y eficacia a un pacto que *per se* nace herido de nulidad por omisión absoluta de procedimiento, amén de favorecer ciertas prácticas indeseables de connivencia entre las partes para incrementar libremente el precio de las prestaciones al margen de todo procedimiento, pudiendo emplearse, en definitiva, como sustituto irregular de la prórroga del contrato original. En este sentido, no es difícil columbrar supuestos en los que se ha preferido acudir a la extinción del contrato para solventar un riesgo y ventura del contratista excesivamente gravoso, optándose por una continuación del servicio –sin cobertura legal- con pacto al alza de precio. Creemos, por tanto, que debiera mensurarse esta excepción, dando prevalencia a la regla general que atiende a los precios acordados en la contratación antecesora, sujeta en su momento, al menos, a procedimiento, evitando así una mayor merma del principio de igualdad que debió presidir la licitación inicial.

La segunda de las excepciones hace referencia a una cuestión especialmente polémica, por cuanto compromete un enjuiciamiento de la conducta del operador económico. En opinión del Consejo de Estado ésta puede influir en la apreciación del nexo causal, lo que justifica, en su caso, la reducción del *quantum* de la restitución.

El argumento que le sirve de basamento se funda en la idea de que si el operador económico no es del todo ajeno a la irregularidad que se ha producido, no puede beneficiarse de ella, evitando el parangón de esa situación con la que se produciría en un devenir ordinario del contrato. De concurrir tales circunstancias, no procederá el abono del precio de la prestación sino su coste, que se calculará detrayendo de dicho precio el beneficio industrial que el contratista esperaba obtener, determinado en expediente

⁷⁵ Versa sobre la reclamación de una empresa a la que la Comunidad de Madrid encargó continuar prestando un servicio de limpieza después de extinguirse el correspondiente contrato; en este caso, el Alto Tribunal afirma que el contrato "*es claro que expiró sin ser prorrogado y la base de la relación posterior entre [la empresa prestataria del servicio] y la Comunidad de Madrid es diferente: lo constituyen el encargo en cuestión y las condiciones que convinieron*".

contradictorio⁷⁶. En algunos casos, no obstante, dada la dificultad que presenta el cálculo de ese beneficio industrial, el Consejo de Estado ha indicado que, en lugar de éste, procede detraer un 10 % de las facturas pendientes de abono.⁷⁷

En el más reciente Dictamen 535/2023, de 6 de julio, también del Consejo de Estado, se señala que la regla general de abono del precio de las prestaciones tiene su base interpretativa en la solución ofrecida en el artículo 29.4 de la LCSP⁷⁸, referido a la prórroga excepcional antes mencionada. En el expediente allí dictaminado se aprecia que la Administración estaba al corriente de la prestación, por lo que no cabe excusar el abono. Sin embargo, y frente a la pretensión del prestador –que consideraba que existía una prórroga con mejores condiciones económicas- el Consejo de Estado considera que no cabe acoger tal planteamiento, porque no resulta acreditado ese pacto⁷⁹. Es más, considera que debe retraerse del precio el beneficio industrial al apreciarse conocimiento por parte del prestador de la existencia de la irregularidad, si bien se difiere el cálculo del beneficio

⁷⁶ Podemos citar, entre otros, en esta misma línea, los Dictámenes 843/2017, de 20 de diciembre, 906/2019, de 6 de febrero de 2020, 1112/2019, de 9 de mayo, o más recientemente, el 535/2023, de 6 de julio.

⁷⁷ Esta solución se ofrece en los Dictámenes n.º 506/2017, de 28 de septiembre, 842/2017, de 20 de diciembre, 80/2019, de 21 de febrero y 878/2019, de 16 de enero.

⁷⁸ Así lo explica: *“En efecto, tal y como ha apuntado este Consejo de Estado en casos semejantes, en la medida en que ese pago toma en consideración una relación contractual, la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio establecido en el contrato. Ello posibilita que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento (dictamen del expediente número 706/2021, de 27 de enero de 2022).*

En esta línea, el dictamen del expediente número 606/2020/304/2020, de 27 de mayo de 2021, citaba -a efectos estrictamente hermenéuticos, y en relación con los supuestos de persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad con un contrato previo ya extinguido y no prorrogado- el criterio empleado en el artículo 29.4 de la Ley 9/2017 (último párrafo), que establece que "cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario".

⁷⁹ *“No cabe incrementar a estos efectos compensatorios el precio fijado en el contrato con el referido aumento del 15 %, dada la inexistencia de un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y la entidad interesada en este sentido. Aun siendo incuestionable la voluntad de la Administración de que continuase la prestación del servicio, no existe en el expediente prueba alguna de que se pactase un nuevo precio con un incremento del 15 %”.*

al correspondiente expediente contradictorio.⁸⁰ También se analiza en ese asunto la pertinencia del pago de intereses de demora, negando tal posibilidad sobre el criterio de que éstos sólo se generan desde la finalización del procedimiento presupuestario de convalidación del gasto⁸¹, tal y como antes hemos explicado.

Esta doctrina que, como decimos, es imperante, tanto en el Consejo de Estado, como también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de las modulaciones que éste realiza de la traslación de la teoría del enriquecimiento injusto al ámbito administrativo en los términos ya esbozados, sin embargo, no tiene una total acogida por parte de los órganos consultivos autonómicos equivalentes al Consejo de Estado.

Efectivamente, sin un ánimo totalizador, podemos observar la heterogeneidad de pronunciamientos en los Consejos Consultivos autonómicos. Llama la atención, v.gr., el Dictamen 67/2022, de 6 de abril, del Consejo Consultivo de Aragón, que formula una interpretación del artículo 42 de la LCSP ciertamente taxativa. Considera que dicho

⁸⁰ “(...) Así, la indemnización por responsabilidad contractual alcanzará el precio de la prestación, pero sin incluir el beneficio de la adjudicataria, para cuya determinación habrá de tramitarse el correspondiente expediente contradictorio, acudiendo en primer término a la cuantía establecida en los pliegos; en defecto de tal previsión, y dada la dificultad del cálculo de ese beneficio, considera el Consejo de Estado que puede aplicarse por analogía el porcentaje del 6 % previsto a tal efecto para los contratos de obras en el artículo 131 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha señalado que nada obsta a la aplicación de este porcentaje también a los contratos de servicios: expediente 40/19)”.

⁸¹ “(...) En cuanto a los intereses de demora, el Tribunal Supremo ha señalado que no procede la aplicación del actual artículo 198.4 de la ya citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, cuando se trate de prestaciones no incluidas en el contrato firmado, sea por obras fuera de él (sentencia de 2 de julio de 2004, recurso número 2341/2000), o por servicios prestados una vez terminado el contrato (sentencia de 28 de mayo de 2020, recurso número 5223/2018). El mismo criterio ha sido mantenido en casos de revisión de oficio de contratos nulos (sentencia de 13 de junio de 2022, recurso número 5437/2020). Según esta jurisprudencia, el “dies a quo” para el pago de los intereses de demora no es el de la aceptación de la prestación por parte de la Administración, sino el de convalidación del gasto.

Estas sentencias se fundan en la inexistencia de mora en el pago, pues las prestaciones al margen del contrato no podían ser abonadas por la Administración en el momento de expresar su conformidad, por situarse al margen del crédito retenido para el contrato. Únicamente podrán, y deberán, ser pagadas en el momento en el que la Administración convalide el gasto. Si no se satisfacen en el plazo de treinta días desde tal convalidación, surgirían los intereses de demora.

No estando la Administración en mora hasta un tiempo después de la convalidación del gasto, que en el asunto consultado aún no se ha producido, tampoco cabe la indemnización por costes de cobro prevista en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, pues no existe morosidad por parte de la Administración”.

precepto actúa como base legal para el pago de las prestaciones realizadas fuera de contrato, pero puntualiza que la restitución referida en dicho precepto excluye en todo caso el beneficio industrial o conceptos similares. Se inclina, por tanto, por objetivar la cuestión, sin hacerla depender del parámetro empleado por el Consejo de Estado, eludiendo cualquier valoración de la conducta del prestador. Sólo los costes efectivos han de ser abonados porque se presume –parece que *iuris et de iure*- que todo prestador es conocedor de la irregularidad⁸².

En confrontación con esta tesis, el Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen 192/2024, de 30 de abril, sobre la base de ese mismo artículo 42 de la LCSP admite, sin embargo, el abono del importe de las facturas sin reparo alguno, y por tanto con el beneficio industrial que comprende⁸³.

En la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía se aprecia un cambio de criterio en los últimos tiempos. Así, los recientes Dictámenes 618/2024 y 619/2024, ambos de 25 de julio, claman por el abono del beneficio industrial justificándolo en la doctrina del

⁸² Lo argumenta en estos términos: “nos parece importante destacar que el objeto de las actuaciones sometidas a revisión de oficio, esto es, los servicios por los que se giran las facturas, ya han sido ejecutados y que, por eso, lo que se debe devolver es el valor de las prestaciones (art. 42.1 LCSP), es decir, la satisfacción del importe de los servicios prestados por las empresas contratistas (sin incluir, por ejemplo, el beneficio industrial o conceptos similares). Dicho con otras palabras: la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz. El artículo 42 de la LCSP limita la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan solo los mismos) soportados por quien la prestó. Cualquier otra partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 42.1 de la LCSP conforme al cual, «la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido». En definitiva, hay que descontar el «beneficio industrial» o conceptos similares en la liquidación de los contratos nulos, pues nos parece altamente improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento, o con fragmentación irregular. Y, en el caso concreto analizado, al menos una de las entidades contratantes era perfectamente conocedora de la licitación anterior de estos mismos servicios, pues presentó una oferta en el procedimiento correspondiente, que fue rechazada por anormalmente baja”.

⁸³ “(...) En cuanto a los efectos de la nulidad, el artículo 42.1 de la LCSP establece que “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Consta en el expediente que los trabajos realizados por la empresa se recibieron con la conformidad del Centro de Proceso de Datos, que, además, ha manifestado su conformidad con los importes de las facturas. Por ello, de acuerdo con el artículo 42.1 citado, procede el abono de su importe”.

enriquecimiento injusto⁸⁴, mientras que en el precedente Dictamen 1133/2023, de 14 de diciembre, se apuesta contrariamente por la reducción del beneficio industrial⁸⁵.

No podemos desconocer voces doctrinales que critican duramente cualquier atisbo de reducción en la restitución. González Sanfiel⁸⁶ se muestra especialmente severo con ese planteamiento.

⁸⁴ “(...) Las consecuencias que produce la nulidad del contrato se encuentran previstas en el artículo 42.1 de la LCSP, de acuerdo con el cual “la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. Como se dijera en el dictamen 394/2024 en asunto idéntico al aquí considerado, si se tiene en cuenta que es responsabilidad de la Administración la tramitación del procedimiento legalmente exigible, la prohibición de enriquecimiento injusto lleva a postular el abono del beneficio industrial conforme a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997, 11 de mayo de 2004 y 14 de octubre de 2015”.

⁸⁵ “(...) En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, debe partirse del artículo 42.1 de la LCSP, conforme al cual “la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

En relación con esto último, este Consejo Consultivo ha venido declarando que en línea de principio, la restitución sólo podría comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser el contrato nulo, no produce los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla legal (art. 42.1 de la LCSP) que determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó, de modo que sólo si las circunstancias del caso hacen que razonablemente no pueda reprocharse al contratista la existencia del vicio de nulidad en cuestión, éste tendría derecho a la percepción de todos los componentes retributivos sobre la base del inciso final del precepto citado.

En efecto, sólo se ha exceptuado la aplicación de dicha doctrina cuando se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede calificarse al contratista como partícipe de la nulidad”.

⁸⁶ GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., 2023, págs. 131 y 132: “no se puede estar en mayor desacuerdo con esos planteamientos, olvidando que la Administración es una *potentior personae*: siempre puede oponerse a aceptar 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)”. Prosigue el autor señalando que “con ello, antes de que se hayan exigido las responsabilidades administrativas generadas por aquellas situaciones, aunque sea la Administración

En sentido contrario se alza Umerez Argai⁸⁷, quien vindica la regla general del resarcimiento exclusivo de los costes, excluyendo el beneficio industrial porque de otra manera se estaría equiparando la contratación irregular con la ajustada a Derecho, y porque se ha de presumir que el contratista conoce su participación en la anomalía. De esta manera – así concluye- se desalienta al empresario en estas prácticas.

Quizá en el equilibrio aristotélico esté la solución más equitativa, y nadie dudaría de la justicia de esa penalización al contratista si simultáneamente fuera obligatoria y automática la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos administrativos cuya falta de diligencia hubiera provocado la contratación irregular. Efectivamente, resulta contradictorio e irrazonable que se sancione al contratista irregular sin que se acompañe de una paralela depuración de las responsabilidades del lado de la Administración.

Valero Escribano⁸⁸ sistematiza las distintos tipos de responsabilidad que concita la contratación irregular, diferenciando las responsabilidades reparatorias de las sancionadoras. Las primeras se bifurcan, a su vez, en la responsabilidad patrimonial que cabría repetir en las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas

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 Administración”. El citado autor culmina su brillante artículo con una muy expresiva aseveración: “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”.

⁸⁷ UMEREZ ARGAI, E., 2019. 2020, pág 479: *“Debería quedar claro, como vengo insistiendo, que la contratación irregular tiene un coste, también para el contratista, que no puede aspirar al mismo resultado económico en una contratación sujeta a los principios y procedimientos legales, que le ha sido adjudicada porque ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, que en un encargo que constituye una adjudicación directa sin procedimiento, concurrencia ni precio ajustado a mercado. Por eso, la regla general debería ser la del resarcimiento, exclusivamente, de los costes en que el empresario ha incurrido para la ejecución de la prestación irregularmente ejecutada, excluyendo en todo caso el beneficio industrial. El empresario que, contrariamente a la diligencia que se le ha de suponer, participa de una contratación cuya irregularidad no puede desconocer, no debe obtener el mismo rendimiento que el que lograría en una contratación regular. Esta consecuencia económica debería servir, sobre todo, para desalentar a los empresarios de la participación en la contratación irregular e incentivar los mecanismos legales de contratación”.* Se rebate, sin embargo, en GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., 2023, –nota a pie de página 59,- argumentando que *“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”.*

⁸⁸ VALERO ESCRIBANO. J.I., 2015, págs. 174 y ss.

derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública⁸⁹ y la responsabilidad contable⁹⁰. En cuanto a las segundas, amén de las conductas punibles penalmente, habría que considerar las responsabilidades disciplinarias⁹¹.

Junto a ellas podríamos resaltar el más reciente régimen de responsabilidad, que engloba tanto la de signo reparador como sancionador, emanado de la LTBG, predicable de los Altos Cargos⁹².

⁸⁹ La LCSP, en su disposición adicional vigésima octava, bajo la rúbrica, Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, dispone lo siguiente:

“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.

⁹⁰ Como apunta el referido autor *“de conformidad con la doctrina más extendida se concibe como una responsabilidad civil extracontractual derivada del principio general de obligación de indemnizar daños previsto en el artículo 1.902 del Código Civil²⁰. Esta responsabilidad se encuentra regulada tanto en los artículos 176 a 179 de la LGP como en los artículos 38 a 41 de la LOTCCU y en el artículo 49 LFTCU; si bien en el caso que nos ocupa, como señala Pascual García, se trataría de un supuesto distinto del alcance y, por tanto, no tendría por qué venir dada, necesariamente, por el importe de los pagos realizados”.*

⁹¹ Este tipo de responsabilidad se regula en el Título VII del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, al que remite la trascrita disposición adicional vigésima octava, apartado segundo, de la LCSP.

⁹² Su artículo 28 tipifica como infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria, en lo que aquí nos ocupa:

“c) Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable.

d) La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria”.

El Dictamen del Consejo de Estado 1619/2022, de 9 de marzo, así lo recuerda: *“la omisión de la preceptiva fiscalización previa de la Intervención, “cuando sea culpable”, constituye una infracción administrativa “muy grave” que conlleva la destitución del responsable y la prohibición de ocupar un puesto de alto cargo durante un periodo de entre cinco y diez días (artículo 28.d) y 30.4 de la Ley 19/2003, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), sin perjuicio de las responsabilidades de todo tipo en que se pudieran haber incurrido -y, en particular, las de orden contable que el Tribunal de Cuentas puede exigir”-*.

El problema, en definitiva, y como se puede intuir, viene dado por la incuria en activar estos mecanismos, lo que exigiría una profunda reflexión y reconsideración a la vista de que la LCSP ya cuenta con instrumentos más que suficientes para mitigar, por no decir extirpar de una vez por todas la necesidad de acudir a la contratación irregular en la gran mayoría de los casos.

BIBLIOGRAFÍA

- CEBRIÁN HERRÁNZ, L / PASCUAL MARTÍN, J I. «*Obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato: Enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial*», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid (junio 2018).
- CEBRIÁN HERRÁNZ, L / PASCUAL MARTÍN, J I. «*Obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato (II): Convalidación de actuaciones y revisión de oficio*», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid (enero 2019).
- IGLESIAS, J. «Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado». Ariel. 9º ed.,1988.
- CUADRADO IGLESIAS. M. «*Configuración, fundamento y naturaleza de la gestión oficiosa de negocios ajenos*». Forma parte del libro «*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*». 1ª ed., 2015. La Ley 2819/2015.
- HURTADO SOTO, R. «*El pago de prestaciones ejecutadas sin cobertura contractual*». Cuadernos de Derecho Local. Febrero 2022. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- UMEREZ ARGAI, E. «*La restauración de la legalidad infringida por la contratación irregular*». Anuario Aragonés del Gobierno Local 2019. 2020.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2023). «*Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular*». Revista de Administración Pública. 222. (2023).
- VALERO ESCRIBANO. J.I. «*La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares*». Revista Española de Control Externo. Vol. XVII. nº 50 (Mayo 2015).