

G A \_ P

Gómez-Acebo & Pombo



# Contratos del Sector Público

---

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 165

# Contratación pública irregular y mecanismos de pago a los contratistas

---

Son muchas las circunstancias que, en algunas ocasiones, determinan que ciertas obras – y en especial - servicios sean prestados sin la oportuna cobertura contractual, bien por la necesidad urgente de su acometida, bien por la paralización o retraso del procedimiento de adjudicación, o por la falta de cobertura presupuestaria. Sin embargo, el concurso de estas irregularidades no exonera a la Administración contratante del correspondiente deber de pago, a cuyo fin se articulan, en la práctica, diversos mecanismos.

La contratación administrativa está sometida a numerosos requisitos, gran parte de los cuales vienen impuestos por el Derecho de la Unión Europea – en especial en lo concerniente a la preparación y adjudicación de contratos – con el fin último de lograr una mayor competencia a nivel europeo, que materialice los postulados del mercado interior. Bajo la premisa de que la mayor competencia asegura un mejor uso de los recursos públicos, el sometimiento de la licitación a unas mismas normas de idéntico rigor en todo el territorio europeo facilita la contratación en cualquier parte de todos los contratistas.

Consecuencia de estos requisitos, la preparación y adjudicación de los contratos del sector público debe cumplir una serie de trámites cuya omisión proyecta un vicio sobre el negocio jurídico, al margen del cual, sin embargo, éste se desenvuelve. La realización efectiva del objeto de un contrato sin la oportuna cobertura contractual comporta la dificultad de afrontar su pago.

De las distintas vías de solución de estas irregularidades contractuales, son fundamentalmente cuatro las que pueden identificarse en la práctica:

## 1. Revisión de oficio del contrato

Una de las vías de solución de la contratación irregular que se está dando en la práctica es la revisión de oficio para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos o decisiones que dieron lugar a la prestación de servicios sin la necesaria cobertura contractual, argumentando una supuesta ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar los actos o decisiones administrativas que determinaron la prestación del servicio sin cobertura contractual y de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

La consecuencia de la declaración de nulidad derivada de la revisión de oficio es el pago de las prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios – como resulta de lo dispuesto en la legislación contractual<sup>1</sup>.

Respecto de esta vía el Consejo de Estado ha señalado que la declaración de nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente resulta de compleja articulación en los casos en los que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por los que se encarga al contratista realizar o continuar con la prestación y por ello se muestra contraria. Considera que encauzar tales casos por la vía de la revisión de oficio exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto de hecho a un instituto que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros distintos, razón por la que, a fin de no distorsionar los perfiles propios y característicos de la revisión de oficio<sup>2</sup>.

## 2. Responsabilidad patrimonial

Otra de las principales vías a cuyo través se trata de convalidar los efectos de la contratación pública irregular es la de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública<sup>3</sup>. Esta figura no es, como ha reitera-

do el Consejo de Estado, un mecanismo de resarcimiento de cualquier quebranto económico<sup>4</sup>, ni una fórmula que pueda acoger lo que es propio de una relación jurídica específica, y ello por dos razones fundamentales:

- Parte de la inexistencia de un vínculo obligatorio, vínculo que existe cuando subyace una relación contractual, siquiera verbal; y
- Se articula sobre la inexistencia de una relación jurídica previa, relación que en todo caso existe entre la parte que solicita un bien o servicio y quien lo construye, gestiona, suministra o presta.

En los casos de contratación pública irregular existe entre las partes, de manera innegable, una relación jurídica consensuada y consentida, que impide subsumir – pacíficamente – las consecuencias de aquélla en una institución como ésta.

## 3. Acción de enriquecimiento injusto

Otra de las vías que suele transitarse para solucionar los problemas de pago derivados de la contratación irregular es la derivada del ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto.

---

<sup>1</sup> Artículos 42.1 de la Ley 9/2017 y 106.4 de la Ley 39/2015.

<sup>2</sup> Únicamente se ha admitido en aquellos casos en los que pueda identificarse fácilmente un acto expreso y formalizado que haya servido de fundamento para la prestación de los servicios y en el que concurra una causa de nulidad de pleno derecho (dictamen 473/2023, de 28 de junio).

<sup>3</sup> Consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución y desarrollada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>4</sup> Reiterada doctrina del Consejo de Estado, entre otros, dictámenes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, 456/2012, de 10 de mayo, o 390/2017, de 6 de julio.

Este mecanismo presenta como dificultad que precisa, para tener lugar, de una acción por parte del interesado<sup>5</sup>.

La imposibilidad de optar por este mecanismo por parte de la propia Administración, de oficio, impide su aplicación en vía administrativa, precisando de la correspondiente acción por parte del contratista acreedor<sup>6</sup>.

Además, para su reconocimiento es preciso verificar el concurso de una serie de requisitos legalmente previstos como son *a)* el enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido (en este caso, de la Administración); *b)* el empobrecimiento de quien reclama, siempre que no provenga del comportamiento de quien lo sufre; *c)* La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento y *d)* a falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (por todas, STS de 11 de mayo de 2004, recurso núm. 3554/1999).

En atención a cuanto precede, no es extraño que prosperen.

#### 4. Responsabilidad contractual

Por último, resta la vía de la reconducción de la patología contractual hacia la institución de la responsabilidad que nace en su seno, y

que recibe por ello la denominación de responsabilidad contractual. En el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación entre la Administración y el operador económico que realiza las prestaciones que puede calificarse de contractual, entendiendo por contrato, al amparo del artículo 1254 del Código Civil, todo acuerdo de voluntades del que surgen obligaciones para las partes.

En tales circunstancias, se ha considerado que, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los trabajos realizados por dicho operador económico se realice bajo el título de la responsabilidad contractual.

Por ello, en determinados supuestos y pese a la clara ausencia de un contrato concluido conforme a los requisitos exigidos por la normativa sobre contratación pública, puede apreciarse la existencia de un contrato verbal por medio del cual el contratista se obliga a prestar determinados servicios a cambio de un precio a abonar por la Administración, elementos éstos que reclaman su reconducción a la vía de la responsabilidad contractual; que presenta como ventaja que la compensación económica se hace a título de contraprestación y no de resarcimiento.

<sup>5</sup> En vía judicial suelen prosperar acciones de enriquecimiento injusto ejercidas por contratistas que han prestado un servicio o acometido una prestación y no han obtenido la correspondiente remuneración. Ejemplo de ello es la STS de 23 de noviembre de 2012, recurso núm. 4143/2009.

<sup>6</sup> Así el Consejo de Estado ha señalado, en el dictamen número 606/2020, de 27 de mayo de 2021, el enriquecimiento injusto no es en sí mismo una vía procedimental por la que canalizar el pago, de oficio, de esas cantidades debidas por la Administración, sino una acción propia y singular del derecho administrativo, y distinta también de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 12 de diciembre de 2012), que requeriría su previo ejercicio por el interesado.

---

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.