



¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España

David Ordóñez Solís

Magistrado

Miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea.

Consejo General del Poder Judicial

Secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

<https://orcid.org/0000-0002-5449-01866>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El régimen de la contratación pública se está viendo afectado por una interpretación judicial especialmente generosa del principio de enriquecimiento injusto, hasta el punto de constituir un obstáculo para la efectividad de los principios inspirados por el derecho europeo. Por eso se están generalizando las voces, judiciales y doctrinales, que advierten de los riesgos de esta interpretación. Paradójicamente, ni siquiera la comprensión más avanzada del enriquecimiento injusto en el derecho privado permitiría una compensación en todos los casos del contratista incurso en la celebración o en la ejecución de un contrato público anulado. Para superar esta inercia jurisprudencial, el derecho de la Unión Europea podría actuar como límite a una interpretación tan dadivosa para algunos contratistas, que muy a menudo se aprovechan de las graves ilegalidades cometidas por los funcionarios públicos para seguir haciendo sus negocios, que resultan tan dañosos para los presupuestos públicos. Si las empresas tienen la plena seguridad de que, de un modo o de otro, tarde o temprano, terminarán cobrando por la ejecución de contratos administrativos, aunque sean anulados, se está incentivando, abiertamente, la comisión de cualquier tipo de irregularidad invalidante, por muy grave que sea.

Palabras clave: contratación pública; enriquecimiento injusto; responsabilidad patrimonial; contratista; nulidad.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Ordóñez Solís, D. (2021). ¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España. *Revista CEFLegal*, 243, 91-118.



Why does public administration always end up paying? Unjust enrichment, public procurement and the limits of European law in Spain

David Ordóñez Solís

Abstract

The public procurement regime is currently being affected by a loose judicial interpretation of the unjust enrichment principle to the extent it has become an obstacle to the effectiveness of European law inspired principles. That is why more and more voices from the judiciary and academia are warning about the risks of that interpretation. Paradoxically, not even the most advanced understanding of unjust enrichment in private law would call for compensation whenever a contractor is concluding or performing a contract declared to be void. To overcome that inertia in rulings, the European law may very well act as a limit to a lavish interpretation in favor of contractors who often leverage unlawful practice from public workers to carry on business so harmful to public budgets. If companies take for granted that somehow, sooner or later, they will end up being paid for performing contracts, even when ruled void, are openly being encouraged to unlawful practice as serious as it might be.

Keywords: public procurement; unjust enrichment; administrative liability; contractor; void.

Cómo citar: Ordóñez Solís, D. (2021). ¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España. *Revista CEFLegal*, 243, 91-118.



Sumario

1. Introducción
 2. Las consecuencias de la anulación del contrato administrativo en el derecho español
 3. El principio del enriquecimiento injusto en la jurisprudencia española sobre contratación administrativa
 - 3.1. La jurisprudencia civil sobre el enriquecimiento injusto
 - 3.2. La jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el enriquecimiento injusto
 - 3.2.1. El enriquecimiento injusto y los contratos administrativos
 - 3.2.2. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones frente a los contratistas
 4. Los límites del derecho europeo de la contratación pública a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto
 - 4.1. Los principios legislativos europeos como límite a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto
 - 4.2. Los límites jurisprudenciales europeos a la aplicación del principio de enriquecimiento injusto
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas



lure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem

Pomponio

Digesto, 50.17.206

Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro

Diccionario del español jurídico, RAE (2016)

1. Introducción

El régimen de la contratación pública, integrado por enojosas exigencias a la hora de realizar obras, ofrecer suministros y prestar servicios a las autoridades públicas, constituye un razonable mecanismo de control de quienes ejercen el poder y, de manera especial, de quienes se encargan de gastar una parte importante de los presupuestos públicos (García de Enterría, 1963). Por esa razón, una aplicación automática de principios propios del derecho privado podría desnaturalizar o neutralizar estos mecanismos de control. Eso es lo que puede estar ocurriendo con la aplicación por los tribunales contencioso-administrativos de la doctrina del enriquecimiento injusto, importada, por lo general y sin mayores matices, de las relaciones jurídico-privadas, como se ha señalado en tres hitos doctrinales notorios y escalonados del estudio de estas cuestiones desde el derecho administrativo (Coscolluela Montaner, 1977; Rebollo Puig, 1995, y Martín Rebollo, 2009).

Así como a las empresas privadas o a los particulares no hace falta ponerles limitaciones en cuanto se refiere a la elección del contratista, a la negociación de las condiciones del contrato y a su ejecución, confiados en que hay incentivos adecuados para que se procure el interés del contratante, en el caso de las Administraciones un pretendido interés público solo puede conseguirse estableciendo procedimientos para que la selección sea transparente, la fijación del precio ventajosa, la adjudicación objetiva y la ejecución del contrato apropiada.

La aplicación de estos criterios debe observarse convenientemente y no pueden enervarse mediante otros procedimientos, administrativos o incluso judiciales, que en la práctica constituyan atajos cómodos para resolver verdaderos problemas de gestión de lo público. Tal es el caso de la invocación del principio del enriquecimiento injusto o incluso de la responsabilidad patrimonial que, apoyados por procedimientos presupuestarios comprensivos

o mediante decisiones judiciales que resuelven el problema compensando al contratista, destruyen la misma credibilidad de la regulación de los contratos administrativos.

El régimen europeo de la contratación pública ha puesto de manifiesto cuáles son los aspectos esenciales que deben respetar los procedimientos de contratación pública, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha enunciado unos principios que refuerzan las exigencias en la actuación de las autoridades públicas: la igualdad de los licitadores, la objetividad en la adjudicación de los contratos o la transparencia en el procedimiento de adjudicación.

Ahora bien, la práctica española de la contratación administrativa ha sido poco ejemplar y, en realidad, hay un ámbito que parecía escapar a todo control y que finalmente se ha sometido a límites derivados del derecho de la Unión: la modificación de los contratos¹. Sin embargo y como si estuviésemos ante una nueva vuelta de tuerca, se nos aparece, tanto en la fase de la celebración como en la fase de la ejecución de los contratos, el principio de enriquecimiento injusto, dando al traste con los esfuerzos normativos europeos, estatales y autonómicos, al ser acogido generosamente por la jurisprudencia española, lo que, sin embargo, plantea serios interrogantes sobre su conformidad con los principios derivados del régimen europeo de contratación pública, e incluso con las mismas orientaciones del principio en el ámbito de la codificación europea del derecho privado.

No es necesario sostener, como se hacía en Francia en los siglos XIX y XX, que «el derecho administrativo y el derecho civil forman como si fueran dos mundos separados» (Alexis de Tocqueville) ni que «el derecho administrativo repudia en bloque al derecho privado» (Georges Vedel) (Martín-Retortillo Baquer, 1960, p. 30); sin embargo, deberíamos ser más prudentes en la aplicación a la contratación pública de un verdadero principio de derecho natural, como es el enriquecimiento injusto, con el fin de no desvirtuar el régimen administrativo de la contratación de los entes públicos.

Mi objetivo es explicar el alcance que tiene en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en el ámbito civil como en el administrativo, el principio del enriquecimiento injusto para, luego, someterlo a un análisis con el fin de comprobar si su aplicación se ajusta a las exigencias del derecho europeo de la contratación pública. Para ello debo partir de la peculiaridad de la anulación de los contratos administrativos en el derecho español. Asimismo, mi investigación pretende buscar un límite europeo a una jurisprudencia nacional o,

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017). La ley es aplicable a partir del 9 de marzo de 2018. En el preámbulo de la ley española se señala:

Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, en línea con lo establecido en las Directivas comunitarias, que por primera vez regulan esta materia.

subsidiariamente, en una interpretación del mismo derecho privado del principio de enriquecimiento injusto, que, a mi juicio, desbarate sus efectos perniciosos en la aplicación del derecho de la contratación pública.

2. Las consecuencias de la anulación del contrato administrativo en el derecho español

En el ámbito de contratación administrativa el principio de enriquecimiento injusto puede operar, básicamente, en dos supuestos: en el primer caso, como consecuencia de la anulación del contrato, y en el segundo, como resultado de la anulación de la modificación de un contrato válido, tal como se ha explicado al referirse al enriquecimiento sin causa por prestaciones, en virtud de contratos administrativos que no han sido válidamente concluidos, y al enriquecimiento sin causa de la Administración por prestaciones del contratista superiores a las que estaba obligado (Rebollo Puig, 1995).

A partir de 2018 la legislación española parece avalar una solución que pasa por tomarse más en serio la regulación legal, en realidad muy similar a la vigente hasta ahora pero que, sin embargo, intenta ser más explícita con la ayuda de la interpretación del Consejo de Estado y del propio contexto legislativo.

Por una parte y respecto de la anulación de un contrato administrativo, la Ley 9/2017 distingue entre los casos de nulidad de pleno derecho y los casos de anulabilidad. Ha de notarse que los supuestos de nulidad de pleno derecho responden a la influencia de la armonización legislativa europea: la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; la carencia o insuficiencia de crédito; la falta de publicación del anuncio de licitación; o, en fin, el incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, declarado en sentencia del Tribunal de Justicia (González-Lamuño Romay, 2019, p. 531).

El artículo 42.1 de la Ley española 9/2017, que salvo algún pequeño cambio reproduce el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, dispone para los supuestos de nulidad de pleno derecho:

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

En este caso la solución no es propiamente una aplicación del principio de enriquecimiento injusto, sino que, más bien, apela a una regla de responsabilidad contractual, no

propiamente extracontractual, dado que el contrato entra en fase de liquidación, pero con estas características propias: en primer lugar, procede la restitución de lo recibido; subsidiariamente, se impone la devolución del valor; y, de manera complementaria, se aplica el régimen de indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, y por lo que se refiere a los casos de anulabilidad de la celebración del contrato, la Ley española 9/2017 es más explícita que la Ley anterior de 2007, al introducir el artículo 42.4 esta previsión:

Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Esto significa que la nueva legislación española obliga, cuando se trate de nulidad de pleno derecho, a seguir el procedimiento de revisión de oficio, mientras que cuando se trate de supuestos de anulabilidad ha de someterse al procedimiento de lesividad. La revisión de oficio implica que intervenga el Consejo de Estado o el órgano consultivo autonómico, es decir, un órgano externo e independiente de la Administración; mientras que en el caso de la declaración de lesividad requiere, de manera más cómoda desde el punto de vista de los mecanismos de control, una intervención del órgano superior de cada Administración, antes de someterlo al enjuiciamiento de los tribunales contencioso-administrativos².

Por otra parte, y en lo que se refiere a la anulación de una modificación contractual, debe tenerse en cuenta que la Ley 9/2017 establece unas reglas muy precisas para cumplir lo exigido por las directivas que transpone, y también señala las consecuencias de la vulneración de estas normas.

En efecto, el artículo 40 a) de la Ley de contratos establece como causa de anulabilidad «el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205». Este régimen es especialmente benigno con los incumplimientos de las normas sobre modificación de los contratos administrativos, dado que exige la declaración de lesividad por la Administración y la impugnación del acto ante los tribunales contencioso-administrativos.

Ahora bien, el incumplimiento de algunas de las numerosas fórmulas o procedimientos establecidos en la Ley de contratos públicos solo sanciona la modificación ilegal y, con toda probabilidad, contraria al derecho de la Unión Europea, contando con la buena voluntad de

² Artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

la Administración y el interés muy particular de un interesado que se decida a impugnarla ante los tribunales contencioso-administrativos.

Ciertamente, la creación de órganos de control externo y su intervención, en particular el Tribunal de Cuentas y los organismos de lucha contra el fraude, más o menos incisivos, están mejorando la situación de una pobrísima cultura de rendición de cuentas por parte de las Administraciones españolas (Agencia Valenciana Antifraude, 2020). Es preciso añadir que la misma escasa cultura del control está siendo combatida apresuradamente en el seno de la propia Unión Europea, y de sus instituciones, por el Tribunal de Cuentas de la Unión y por la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) (Tribunal de Cuentas Europeo, 2015).

3. El principio del enriquecimiento injusto en la jurisprudencia española sobre contratación administrativa

El principio del enriquecimiento injusto tiene su origen en el derecho privado, y la jurisprudencia en materia de contratación administrativa lo ha aplicado profusamente. El monumental estudio de Rebollo Puig (1995) constituye una prueba de la recepción por la jurisprudencia contencioso-administrativa de este principio arraigado en el derecho privado.

Aun cuando algunos autores han advertido sobre los riesgos que su aplicación supone, lo cierto es que la jurisprudencia contencioso-administrativa sigue resolviendo numerosos litigios en la celebración y en la ejecución de contratos administrativos, apoyándose en este principio.

Con esta distinción entre celebración y ejecución me estoy refiriendo, por una parte, a supuestos frecuentes de contratos administrativos nulos de pleno derecho, por ejemplo los muy frecuentes contratos verbales y que sin embargo se llevan a término por el contratista; y, por otra, a los supuestos aún más frecuentes de modificaciones manifiestamente ilegales realizadas durante la ejecución de un contrato, que se llevan a cabo despreocupadamente, dado que el contratista pretende y está seguro de que al final, al menos en España, cobrará del organismo público de que se trate.

Parece que en los primeros supuestos está pensando Bauzá Martorell (2016) cuando apunta cómo «un tratamiento ilimitado de la teoría del enriquecimiento injusto supondría dinamitar el instituto de la contratación del sector público, siendo así que cualquier encargo verbal podría validarse y confirmarse con un expediente de enriquecimiento injusto» (p. 243).

Y también Martín Rebollo (2009) parece tener en mente los segundos supuestos cuando habla del riesgo del fraude licitatorio en estos términos: «El uso desviado del *ius variandi* puede dar lugar a la creación de auténticos contratos administrativos *ex novo* en fraude del principio licitatorio y, consecuentemente, vulnerando los principios de publicidad y libre concurrencia» (p. 103).

Ahora bien, tanto la jurisprudencia civil como la contencioso-administrativa del Tribunal Supremo aplican de un modo muy parecido el principio del enriquecimiento injusto sin que la Sala 3.^a parezca muy preocupada de lo que supone el diferente contexto del derecho público y, en particular, por las exigencias del derecho de la Unión Europea, para la contratación pública.

3.1. La jurisprudencia civil sobre el enriquecimiento injusto

De la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo se puede deducir el carácter de principio del enriquecimiento injusto, su posición como cláusula de cierre del sistema y, por tanto, el carácter subsidiario de su aplicación.

La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha exigido que se cumplan una serie de requisitos para su reconocimiento que, a los efectos del estudio, resumo brevemente³.

En primer lugar, el Tribunal Supremo se ha referido a la acción de enriquecimiento injusto basada en un principio general del derecho y visible en el derecho comparado. Así, a juicio del Tribunal Supremo,

dicha institución, arraigada en la jurisprudencia desde *Las Partidas* como principio general del derecho, tiene su razón jurídica en la atribución patrimonial no justificada, de tal manera que, como declara el §812 del BGB alemán, «quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución» (sentencia de 7 de abril de 2016).

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha subrayado el carácter excepcional y en todo caso subsidiario del principio del enriquecimiento injusto. Esto quiere decir que solo se aplica entre particulares cuando no existe pacto en contra en un ámbito donde impera y es superior el principio de la autonomía de la voluntad.

Por lo que se refiere a su carácter extraordinario, el Tribunal Supremo puntualiza:

La doctrina del enriquecimiento injusto debe ser aplicada con extraordinaria cautela ya que, de otro modo, es decir, si todas las atribuciones patrimoniales debiesen ser sometidas a revisión, se generaría una inseguridad realmente perturbadora e inconveniente para el tráfico jurídico (sentencia de 8 de julio de 2003).

Y respecto de su aplicación subsidiaria, el Tribunal Supremo apunta:

³ SSTS (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 2016, rec. núm. 2416/2013, ES:TS:2016:1501, ponente: Marín Castán; y de 8 de julio de 2003, rec. núm. 3479/1997, ES:TS:2003:4798, ponente: Romero Lorenzo.

No cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (sentencia de 8 de julio de 2003).

A lo que también añade el Tribunal Supremo, citando su jurisprudencia anterior:

No hay tal falta de causa cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial o a un precepto legal, pues cuando existe un contrato válido o cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, no puede sostenerse que los beneficiados indirectamente por ella se enriquezcan injustamente (sentencia de 7 de abril de 2016).

Por último, el Tribunal Supremo ha sistematizado los requisitos para el reconocimiento del enriquecimiento injusto en estos términos:

En primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente.

Como es obvio, en la jurisprudencia civil difícilmente pueden encontrarse conceptos como interés público, objetividad, publicidad, etc., cuando es un ámbito en el que impera la autonomía de la voluntad de intereses meramente privados, subjetivos, reservados, etc.

No obstante, han de tenerse en cuenta los intentos de codificación europea del propio derecho privado que se llevan a cabo en el siglo XXI, y precisamente por lo que se refiere al enriquecimiento injusto en caso de nulidades previas (Basozabal Arrue, 2018).

En este caso el *Proyecto de Marco Común de Referencia* se refiere ampliamente al enriquecimiento injusto y contiene una previsión relativa a la concurrencia de una ilicitud en las mismas relaciones jurídico-privadas, con este tenor:

Si un contrato u otro acto jurídico mediante el cual se obtiene un enriquecimiento es nulo o anulable por violación de un principio fundamental [o] de una norma jurídica imperativa, el enriquecido no estará obligado a restituir el enriquecimiento en la medida en que dicha restitución contravenga la ratio de dicho principio o norma (Basozabal Arrue, 2018)⁴.

⁴ La versión en inglés tiene este tenor:

VII. – 6:103: Illegality. Where a contract or other juridical act under which an enrichment is obtained is void or avoided because of an infringement of a fundamental principle [...] or manda-

3.2. La jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el enriquecimiento injusto

El enriquecimiento injusto se ha convertido en una válvula de seguridad del sistema de contratación pública, generalizándose en la jurisprudencia contencioso-administrativa. También de manera excepcional se ha intentado acudir a la responsabilidad patrimonial para aquellos supuestos en los que los contratistas *de facto* se ven perjudicados en sus relaciones con la Administración.

A pesar de la confusión reinante, todo parece indicar que el Tribunal Supremo ha querido elaborar un principio de enriquecimiento injusto propio de las relaciones jurídico-públicas. En este sentido la Sala Tercera señala en su sentencia de 18 de diciembre de 2012:

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 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.

Y, a continuación, el Tribunal Supremo exige estos requisitos adicionales y propios del ámbito de la contratación pública:

Actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia, que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración⁵.

tory rule of law, the enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the reversal would contravene the policy underlying the principle or rule of law.

Ciertamente, la propia compilación establece una regla relativa a las reclamaciones en el derecho público, excluyendo la aplicación al ejercicio de funciones públicas:

7:103: Public law claims. This Book does not determine whether it applies to enrichments which a person or body obtains or confers in the exercise of public law functions (Bar et al., 2009).

⁵ STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 12 de diciembre de 2012, rec. núm. 5694/2010, ES:TS:2012:8362, ponente: Trillo Alonso.

3.2.1. El enriquecimiento injusto y los contratos administrativos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha generalizado la aplicación del principio del enriquecimiento injusto en el ámbito de la contratación administrativa, subrayando su origen civil, su carácter subsidiario y estableciendo unos requisitos específicos para tenerlo en cuenta⁶.

En primer lugar, el Tribunal Supremo reconoce el origen civil del principio del enriquecimiento injusto. A tal efecto, y refiriéndose a numerosas sentencias previas señala:

El principio del enriquecimiento injusto, si bien en un primer momento, tanto en su inicial construcción, como en la posterior determinación de sus requisitos, consecuencias y efectos, fue obra de la jurisprudencia civil, su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, al menos desde los años sesenta del pasado siglo, viene siendo unánimemente admitida, aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas; siendo lo cierto, a juicio de la Sala, que la sentencia recurrida aprecia correctamente la aplicación del referido principio a las concretas particularidades fácticas (sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Y, seguidamente, la Sala 3.^a enumera los cinco requisitos de la jurisprudencia civil para que proceda reconocer el enriquecimiento injusto:

En primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio.

De manera aún más pedagógica, en la sentencia de 17 de mayo de 2012, el Tribunal Supremo reconoce el origen civil de su jurisprudencia y los requisitos del principio del enriquecimiento injusto:

- a) En primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido.
- b) En segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora.

⁶ SSTS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 15 de diciembre de 2011, rec. núm. 4643/2008; 17 de mayo de 2012, rec. núm. 4003/2008, ES:TS:2012:3624, ponente: González Rivas; 28 de enero de 2016, rec. núm. 2603/2015, ES:TS:2016:166, ponente: Díaz Delgado; y 8 de febrero de 2016, rec. núm. 3970/2014, ES:TS:2016:383, ponente: Pico Lorenzo.

- c) En tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante.
- d) En cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento.
- e) La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio, cuya doctrina, por lo demás, no cabe apreciar cuando la situación patrimonial producida sea consecuencia de pactos libremente asumidos y de circunstancias sobrevenidas y libremente aceptadas por las partes contratantes.

Desde el punto de vista práctico, a juicio del Tribunal Supremo la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto

significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto, [...] el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración, [...] el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe [etc.] (sentencia de 8 de febrero de 2016).

Ahora bien, la jurisprudencia tradicional no desciende a matizaciones en cuanto se refiere a «la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio de enriquecimiento injusto».

Y de este modo el planteamiento del Tribunal Supremo carga las tintas sobre el incumplimiento o la vulneración del ordenamiento únicamente por la Administración a la hora de contratar ilícitamente o a la hora de ordenar o tolerar la modificación de contratos válidamente celebrados.

Así, a juicio del Tribunal Supremo,

Es evidente que la falta de sometimiento a los criterios formales de contratación no convalida la actuación de la Administración. Ni frente a terceros, ni respecto a una posible responsabilidad de quienes así actúan. Sin embargo, de lo que se trata es de determinar si la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, aceptando los servicios prestados por el contratista en exceso, a solicitud de la propia Administración, que exige los mismos, aunque no los formalice conforme a derecho (sentencia de 28 de enero de 2016).

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial no resulta especialmente matizada, en la medida en que en todos los casos supone una vulneración objetiva de las reglas de la con-

tratación pública. Por ejemplo, en el supuesto de contratos verbales se trataría, salvo las excepciones previstas legalmente, de contratos nulos de pleno derecho (Bauzá Martorell, 2016b)⁷. Y en el caso de las modificaciones sustanciales tampoco habría duda de su nulidad (Rodríguez Morilla, 2015)⁸. En ambos casos, los titulares de los órganos administrativos son claramente responsables de tal situación, pero no puede ocultarse que estas actuaciones cuentan con la aquiescencia de los contratistas, seguros como están de la práctica administrativa y de la jurisprudencia comprensiva, más de los intereses privados que de los públicos.

La aplicación por los tribunales contencioso-administrativos del principio de enriquecimiento injusto ha sido tan generalizada que, de hecho, ha habido autores que han propuesto dulcificar sus efectos, insistiendo en su carácter excepcional y subsidiario, en la limitación del *quantum* resarcitorio, que no podría equivaler al precio del contrato anulado y, en fin, mediante la acción de regreso contra los empleados públicos o políticos.

En cuanto al carácter subsidiario de este tipo de acciones y la limitación de perjuicio que debe resarcirse al contratista, se ha insistido en que el juez debe ser muy diligente

a la hora de valorar este tipo de casos, en los que se deben evaluar de forma tasada la actividad, obra o servicio realizado, nunca con base en el posible precio fijado o pactado, sino en el gasto que el cuasi contratista deprecia su patrimonio (Punzón Moraleda, 2016, p. 140)⁹.

Por lo que se refiere a las responsabilidades de los funcionarios públicos, ha de subrayarse que, en realidad, constituye un brindis al sol. No obstante, así lo propone Martín Rebollo (2009) al apuntar:

La conveniencia cuando no obligación de ejercer la acción de regreso contra el personalmente culpable en los supuestos en que la Administración sea condena-

⁷ El artículo 37 de la Ley 9/2017 se refiere al carácter formal de la contratación del sector público y dispone sin margen alguno de interpretación en su apartado 1: «Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia». Del artículo 39 de la misma ley se deduce, sin lugar a dudas, la nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos verbales.

⁸ El artículo 40 de la Ley 9/2017 se muestra más comprensivo con los modificados ilegales, al incluir entre las causas de anulabilidad «el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205».

⁹ Sobre el precio que debe abonarse en caso de aplicar el principio de enriquecimiento injusto, está pendiente de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (auto de 18 de febrero de 2020, ES:TS:2020:1441A, rec. núm. 3571/2019, ponente: Requero Ibáñez) una cuestión sobre «si cabe admitir como medio probatorio las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia cuando, en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, se condena al abono de un precio por los servicios prestados que ha sido objeto asimismo de valoración por aquellos, considerándolos abusivos o excesivos».

da a indemnizar a un tercero por falta de diligencia de quien debía haberla puesto en el cumplimiento y aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos (p. 102).

La adopción de una legislación de transparencia y buen gobierno y el establecimiento de un régimen disciplinario frente a los altos cargos en todos los niveles de administración (Valero Escribano, 2015, p. 176-177) no resultan, en la práctica, efectivos ni, desde luego, disuasorios.

3.2.2. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones frente a los contratistas

En la práctica, y con el simple propósito de cobrar, los contratistas *de facto* de la Administración pueden recurrir también a la responsabilidad patrimonial. En este supuesto, al menos teóricamente, parece chirriar el recurso a la responsabilidad extracontractual cuando, en realidad, estamos ante un supuesto de «responsabilidad derivada de contratos», ciertamente y por lo general, de contratos nulos de pleno derecho o anulables, si atendemos a la comprensiva regulación de la legislación española de contratación administrativa.

Ahora bien, el principio de responsabilidad patrimonial también puede poner en tela de juicio la aplicación estricta y rigurosa de las normas españolas sobre contratación pública. Por esa razón resulta de interés la doctrina mantenida por el Consejo de Estado desde 2011 y que pone límites a esta vía desesperada para cobrar de las Administraciones por contratos manifiestamente nulos o, desde luego, anulables¹⁰.

El origen del dictamen del Consejo de Estado está en una reclamación de responsabilidad patrimonial de una fundación que se había encargado, mediante un contrato verbal, de hacer el estudio de una campaña pesquera. La Intervención del ministerio llegaba a la conclusión de que se trataba de un contrato nulo de pleno derecho al haberse prescindido de todo procedimiento y carecer de competencia el órgano actuante. Por tanto, el ministerio desestimó el pago de este pretendido contrato manifiestamente ilegal y la fundación recurrió a la vía de la responsabilidad extracontractual para cobrar el importe de los servicios realizados.

En su dictamen el Consejo de Estado se basa en la regulación contenida en la Ley de contratos del sector público de 2007 y que instituía

¹⁰ Consejo de Estado, dictamen de 21 de diciembre de 2011. Responsabilidad patrimonial formulada por ..., en representación de la Fundación ..., por los daños y perjuicios cuantificados en 98.600 euros, ocasionados al no haber percibido el importe correspondiente a los trabajos realizados de la campaña científica de prospección acústica para el estudio y cuantificación de la población de anchoa juvenil en el Golfo de Vizcaya en el año 2009 (Campaña JUVENA 2009) (expediente núm. 1724/2011).

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.

Esto supone que haya, por tanto, una declaración administrativa de nulidad mediante la revisión de oficio del contrato, aunque, advierte, 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.

En la Ley de contratos del sector público de 2017, el artículo 42 mantiene la regulación del antiguo artículo 35, aunque la nueva redacción sea más completa al referirse no solo a los efectos de la declaración de nulidad sino también de anulabilidad. En este sentido, el artículo 42.4 prevé:

Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Se trata, en definitiva, de hacer más difícil y de sujetar a un control externo, en este caso el judicial, el cobro por parte del contratista, evitando que la solución sea meramente interna y que pueda ser bendecida al margen de todo control independiente.

En estos supuestos y en relación sobre todo de los ámbitos local y autonómico se ha señalado:

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos demora el cobro y limita su importe. De este modo, no solo nos encontramos ante la única respuesta permitida por el ordenamiento jurídico para la gestión de estas situaciones –lo que debe respetarse en todo caso–, sino que, además, puede constituir un elemento eficaz para la reducción de la contratación indebida (Pérez López, 2019, p. 125).

Es muy significativo que en el ámbito autonómico se hayan creado procedimientos específicos, denominados expedientes de resarcimiento por enriquecimiento injusto (REI), que no paran de crecer y que regularizan miles de millones de euros contratados ilegalmente (Carretero Espinosa de los Monteros (2015) y Agencia Valenciana Antifraude, 2020, p. 10).

El mismo procedimiento se aplica en el ámbito local a través del reconocimiento extrajudicial de créditos (REC). La regulación de las entidades locales cuenta con una previsión sencilla, conforme a la cual basta con la mayoría de la representación local para una solución mágica: «Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera»¹¹.

Ahora bien, estas soluciones no superan las exigencias de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho; sin embargo, se han generalizado hasta el punto de constatarse:

En la práctica, la mayor parte de actos o actuaciones viciadas de nulidad de pleno derecho no son depuradas del ordenamiento jurídico vía revisión. El legislador y los aplicadores del Derecho se ciñen a un procedimiento *ad hoc* de convalidación de la inexistencia de crédito para pagar las facturas mediante un mero acuerdo de REI (autonómico) o de REC (local) que supone convalidar y permite realizar el pago (Agencia Valenciana Antifraude, 2020, p. 49).

4. Los límites del derecho europeo de la contratación pública a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto

La sensibilidad especial desarrollada en el ámbito de la contratación pública por la recepción del derecho de la Unión Europea podría matizar la aplicación del principio del enriquecimiento injusto en la jurisdicción contencioso-administrativa, con el fin de no desvirtuar la necesaria aplicación de principios esenciales como el de objetividad, transparencia, igualdad y concurrencia.

No obstante, debe reconocerse que la evolución legislativa en la Unión Europea no es tan lineal como cabría esperar y la jurisprudencia europea no se ha pronunciado expresamente sobre la compatibilidad entre los principios generales de la contratación pública y el principio del enriquecimiento injusto. Debe precisarse, no obstante, que en alguna ocasión, en relación con recursos directos, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia

¹¹ Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, en materia de presupuestos, artículo 60.2 (BOE núm. 101, de 27 de abril de 1990).

de un principio común a los derechos de los Estados miembros, el de enriquecimiento injusto, conforme al cual

la persona que sufra una pérdida que se traduzca en un incremento del patrimonio de otra persona sin que dicho enriquecimiento tenga fundamento jurídico alguno tiene, por regla general, derecho a la restitución hasta el importe de la pérdida por parte de quien se haya enriquecido¹².

4.1. Los principios legislativos europeos como límite a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto

La legislación europea sobre contratación pública ha supuesto un importante refuerzo de la objetividad en las actuaciones de los poderes públicos. Precisamente, un propósito confesado es que tanto en el procedimiento de licitación como en momentos posteriores a la adjudicación del contrato no se puedan distorsionar los principios que rigen la contratación pública¹³.

En lo que se refiere al procedimiento de licitación parece deducirse claramente de la legislación europea que, por ejemplo, la falta de licitación, como sería en el caso de los contratos administrativos verbales o los consistentes en la adjudicación directa, donde fuera imperativa una concurrencia de licitadores, debe conducir a la anulación del contrato.

En este sentido la vulneración de los principios enunciados por la Directiva 2014/24 justifica la anulación del procedimiento de licitación y, desde luego, de la adjudicación del contrato. En el artículo 18 de la directiva se precisa: «Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

De manera complementaria, la Directiva 89/665 sobre procedimientos de recurso, en su versión de 2007, lo deja bien claro al pronunciarse sobre la anulación, la ineficacia y las sanciones aplicables¹⁴.

¹² STJUE (Gran Sala) de 9 de julio de 2020, República Checa / Comisión, C-575/18 P, EU:C:2020:530 (puesta a disposición de la Comisión de recursos propios y enriquecimiento sin causa de la Unión), apartado 82. Véanse, también, las conclusiones de la abogada general E. Sharpston, de 12 de marzo de 2020, EU:C:2020:205, apartados 120-127.

¹³ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. L 94, 28 de marzo de 2014, p. 65).

¹⁴ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DOCE núm. L 395, de

El artículo 2.1 b) de esta directiva sobre procedimientos de recurso prevé el alcance de las facultades de los órganos de control que alcanza a

anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión.

El artículo 2 quinquies exige como garantía de aplicación de la directiva que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano en determinados supuestos: la falta de publicación en el diario oficial o la vulneración de las medidas de suspensión de la adjudicación.

Ciertamente, hay una remisión a la legislación nacional para prever las consecuencias de la ineficacia. Ahora bien, la propia directiva puntualiza:

La legislación nacional podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen otras sanciones en el sentido del artículo 2 sexies, apartado 2.

Estas sanciones al poder adjudicador o la reducción del plazo de duración del contrato pretenden, de manera especial, proteger las previsiones de suspensión del procedimiento de licitación cuando se interponga un recurso. Ahora bien, como señala la directiva, «la concesión de una indemnización por daños y perjuicios no constituye una sanción adecuada a los efectos del presente apartado».

En cuanto a la modificación del contrato público regularmente adjudicado, también la legislación armonizada posterior ha intentado limitarla.

Así, por ejemplo, la Directiva 2014/24 reconoce en su preámbulo la necesidad de

aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio

30 de diciembre de 1989, p. 33); modificada sustancialmente por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DOUE núm. L 335, de 20 de diciembre de 2007, p. 31).

un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato (punto 107 del preámbulo).

Sigue explicando el preámbulo de la Directiva 2014/24 en qué se diferencian las condiciones esenciales de aquellas que no lo son. Por una parte, serían esenciales «si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial». Pero, por otra parte, no serían esenciales y «en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación».

A tal efecto, la Directiva 2014/24 establece umbrales mínimos por debajo de los cuales no es necesario un nuevo procedimiento de contratación. También esta directiva establece que en el caso de «modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la directiva».

En la parte dispositiva de la Directiva 2014/24 se establecen reglas sobre la modificación de los contratos durante su vigencia. Así, en el artículo 72 se prevé que pueda modificarse «sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación» en casos bien determinados.

En primer lugar, y siguiendo la jurisprudencia, la directiva se refiere a este supuesto: «Cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones».

En segundo lugar, la directiva permite la modificación de los contratos si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes: bien los umbrales que determinan la aplicación de la directiva, bien el umbral del 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Ahora bien, la Directiva 2014/24 establece un límite a un intento de modificación del contrato público hasta el punto de que «la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones».

De hecho, la Directiva 2014/24 ofrece criterios específicos para determinar si la modificación del contrato es o no sustancial.

De la anterior regulación se deduce, especialmente a la vista de la directiva de procedimientos de recurso, que su preocupación está en amparar al licitador perjudicado previendo sanciones disuasorias al poder adjudicador. Sin embargo, esa disuasión no parece que alcance, salvo el ejemplo húngaro que examino seguidamente, a quien se ha hecho con el contrato y lo ha ejecutado total o parcialmente, a sabiendas, con toda probabilidad, de la ilegalidad cometida.

4.2. Los límites jurisprudenciales europeos a la aplicación del principio de enriquecimiento injusto

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre el principio de enriquecimiento injusto en relación con las directivas sobre contratación pública, pero ha establecido una serie de principios que pueden operar como límite a la aplicación de dicho principio.

En alguna ocasión el Tribunal de Justicia ha enjuiciado la aplicación del enriquecimiento injusto en la ejecución de un contrato entre la Comisión Europea y una empresa respecto de un tercero subcontratista, señalando: «No cabe calificar un enriquecimiento de "sin causa" si tiene su justificación en obligaciones contractuales»¹⁵. Asimismo, recientemente el Tribunal de Justicia no descarta mecanismos sancionadores frente a un adjudicatario de un contrato público implicado en la vulneración de normas europeas¹⁶.

Por lo que se refiere a los principios que pueden chocar con la aplicación generosa del enriquecimiento injusto, en la sentencia *Succhi di Frutta* el Tribunal de Justicia consagra los principios de igualdad de los licitadores y de transparencia, al tiempo que determina su alcance¹⁷.

Por una parte, para el Tribunal de Justicia se impone en la contratación pública que «la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores» (apartado 108), lo que implica «una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto» (apartado 109).

En cuanto al principio de igualdad entre los licitadores, el Tribunal de Justicia exige que «todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores» (apartado 110).

¹⁵ STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, Masdar (UK) / Comisión, C-47/07 P, EU:C:2008:726 (la posición de un subcontratista y enriquecimiento sin causa de la Comisión en un contrato), apartados 46 y 54.

¹⁶ STJUE de 14 de mayo de 2020, T-Systems Magyarország y otros / Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság y otros, C-263/19, EU:C:2020:382 (sanciones impuestas al adjudicatario por modificación contraria a la directiva de un contrato público).

¹⁷ STJCE de 29 de abril de 2004, Comisión / CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236.

Y en relación con el principio de transparencia, el Tribunal de Justicia dice «que constituye su corolario» y que «tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata» (apartado 111).

Estos principios de igualdad entre licitadores y transparencia se han consolidado en la jurisprudencia de tal modo que, por ejemplo, no procedería la modificación del precio, porque, a juicio del Tribunal de Justicia, en su sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*,

modificar tal condición durante el período de vigencia del contrato, a falta de una habilitación expresa en este sentido contenida en los términos del contrato inicial, implicaría el riesgo de una vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores¹⁸.

En la sentencia *Comisión/España (C-423/07)*, el Tribunal de Justicia condenó a España por la adjudicación de las obras de un cuarto carril de circulación de la autopista A-6 entre Madrid y Villalba sin que se mencionara en el contrato de concesión de obras públicas¹⁹.

Pues bien, a juicio del Tribunal de Justicia, y frente a los argumentos del Gobierno español, «no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados "complementarios" que por sí solos constituyen "contratos públicos de obras" en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece» (apartado 70). Y esto se debe a que las obras complementarias «se sustraerían a la obligación de publicidad y, por consiguiente, a toda forma de competencia» (apartado 71).

La sentencia *Finn Frogne* establece los límites a la modificación sustancial del contrato después de su adjudicación²⁰. La cuestión prejudicial provenía del Tribunal Supremo danés y se refería a un contrato para el suministro de un sistema de comunicaciones a la Policía que había sido adjudicado a Terma por más de 70 millones de euros. Debido a dificultades, no pudo ejecutarse el contrato en su totalidad, por lo que la Policía y Terma llegaron a un acuer-

¹⁸ STJCE de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, EU:C:2008:351.

¹⁹ STJUE de 22 de abril de 2010, *Comisión/España* (incumplimiento por adjudicación de las obras de un cuarto carril de circulación de la autopista A-6 entre Madrid y Villalba), C-423/07, EU:C:2010:211.

²⁰ STJUE de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634 (imposibilidad de modificación sustancial del contrato público después de su adjudicación).

do transaccional que limitaba sustancialmente la ejecución del contrato. Frogne impugnó este acuerdo transaccional y reclamó que se sometiese a un nuevo procedimiento de adjudicación.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual

el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial.

Y el Tribunal de Justicia detalla estos supuestos:

Cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (apartado 28).

Esta regla estricta puede suavizarse en determinados contratos, pero siempre que se respeten unas condiciones. En efecto, y a juicio del Tribunal de Justicia,

el poder adjudicador puede reservarse la posibilidad de introducir ciertas modificaciones, incluso sustanciales, en el contrato con posterioridad a su adjudicación, a condición de que lo haya establecido así en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación (apartado 36).

Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia:

No es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renuncias recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea (apartado 40).

En la sentencia *Comisión/España* (C-84/03), el Tribunal de Justicia desautorizó la legislación española que permitía seguir el procedimiento negociado cuando el contrato no hubiese podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presenta-

dos no hubiesen sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 %²¹. El Tribunal de Justicia puntualiza: «Una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén (las Directivas 93/36 y 93/37)» (apartado 49).

Ahora bien, ha de reconocerse que tales principios de objetividad, transparencia e igualdad aplicados al procedimiento de licitación se imponen de manera especial a los poderes adjudicadores y no tanto a los licitadores. En cambio, el principio de enriquecimiento injusto es esgrimido por el licitador que se ve afectado por las irregularidades invalidantes cometidas por los poderes adjudicadores, pero salva, en definitiva, su objetivo último de cobrar el precio del contrato en detrimento de los licitadores ilícitamente preteridos.

Ciertamente, solo queda confiar en una aplicación de los principios de efectividad y de equivalencia del derecho de la Unión, tal como han sido modelados por el Tribunal de Justicia. Así, por ejemplo, en la sentencia *Rudigier* el Tribunal de Justicia los ha recordado así:

Quando el Derecho de la Unión no contenga ninguna precisión procedimental para hacer efectivo un derecho, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación del procedimiento destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. No obstante, tal regulación no podrá ser menos favorable que la referente a los recursos similares de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)²².

Sin embargo, la operatividad de estos principios está pensada en favor de los licitadores, que se han visto postergados en el procedimiento de adjudicación de los contratos y no parece que puedan ser invocados como defensa del actuar ilícito de los poderes adjudicadores públicos, por lo general en connivencia con el adjudicatario indebido.

Sea como fuere, no hay duda de que la jurisprudencia española sobre el enriquecimiento injusto aplicada a los contratos administrativos está distorsionando el mercado de la contratación pública y vulnerando los principios de objetividad, transparencia e igualdad consagrados por las directivas europeas.

En cuanto a un mecanismo sancionador frente a quien se adjudique un contrato público y haya contribuido a la vulneración de las directivas europeas, el Tribunal de Justicia aborda

²¹ STJCE de 13 de enero de 2005, Comisión/España (incorrecta transposición de la Directiva sobre contratación pública), C-84/03, EU:C:2005:14.

²² STJUE de 20 de septiembre de 2018, *Rudigier*, C-518/17, EU:C:2018:757, apartado 61.

en la sentencia *T-Systems Magyarország* un supuesto muy peculiar que no está regulado directamente por el derecho de la Unión, pero que se puede ver afectado por él: las sanciones impuestas al adjudicatario por un modificado contrario a la directiva de un contrato público.

La legislación húngara prevé la posibilidad de sancionar tanto al poder adjudicador como al adjudicatario por la vulneración de las normas de contratación pública. En este caso, el organismo sobre contratación pública había impuesto a BKK, la sociedad municipal de transporte público de Budapest, como poder adjudicador, y a T-Systems, adjudicataria, sendas multas por haber procedido a la modificación ilegal de un contrato de máquinas expendedoras de billetes.

El Tribunal de Justicia considera que este régimen sancionador húngaro no es contrario a las directivas de recurso en materia de contratación pública, aunque este procedimiento debe respetar el derecho de la Unión, incluidos sus principios generales, cuando el contrato público esté comprendido en el ámbito de aplicación material de las directivas sobre contratación pública, ya sea *ab initio* o a raíz de su modificación ilegal.

También el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la cuantía de la multa que puede imponerse, no solo al poder adjudicador, sino también al adjudicatario, en la medida en que debe respetar el principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del derecho de la Unión, de modo que no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por esas directivas.

Por tanto, explica el Tribunal de Justicia, la cuantía de la multa debe fijarse en relación con el comportamiento de las partes del contrato público durante el periodo en el que proyectaban modificarlo y, más concretamente, podrá tenerse en cuenta, en particular, el hecho de que haya tomado la iniciativa de proponer la modificación del contrato o de que haya sugerido, o incluso exigido, al poder adjudicador que no organizara un procedimiento de licitación para responder a las necesidades que requerían modificar el contrato. En cambio, sigue el Tribunal de Justicia, la multa no puede depender de la circunstancia de que no se recurriera a un procedimiento de licitación para modificar el contrato, puesto que la decisión de recurrir a tal procedimiento únicamente forma parte de las prerrogativas del poder adjudicador.

No parece tan descabellada esta solución alternativa que, en realidad, como ocurre en el derecho húngaro, supone imponer una sanción del 10 % o del 15 % del valor del contrato. Se trataría de una penalización aplicable, por ejemplo, si se hubiese tolerado el principio del enriquecimiento injusto.

5. Conclusión

El principio de enriquecimiento injusto aplicado en la contratación pública, precisamente en la fase de ejecución del contrato, tiene un efecto perturbador en la medida en que po-

dría desactivar el estricto régimen exigido legislativa y jurisprudencialmente en el derecho español y en el derecho de la Unión Europea.

Si las empresas tienen la plena seguridad de que, de un modo o de otro, tarde o temprano, terminarán cobrando por la ejecución de contratos administrativos que sean nulos o que sean anulados, se está incentivando, en cierta medida, la comisión de cualquier tipo de irregularidad invalidante por muy notoria que sea. De este modo, el mensaje que envía cualquier Administración española es el siguiente: consigue que te adjudiquen el contrato o, más fácilmente, ejecuta el contrato, que luego terminarás cobrándolo.

Hasta ahora la advertencia de autorizados autores sobre este riesgo no ha sido tenida en cuenta por la incomodidad que supone superar la inercia, tanto administrativa como jurisprudencial. En cambio, podría ensayarse la vía europea para subrayar los riesgos de aplicar indebidamente este principio de enriquecimiento injusto. Esto supondría que, en la medida en que se ponga en peligro alguno de los principios básicos de la contratación pública, habría que dejar de aplicar el principio de enriquecimiento injusto. O, al estilo húngaro, podría ensayar el legislador, incluso el europeo, un sistema de sanciones aplicables no solo a los entes públicos adjudicadores, sino también a los adjudicatarios que hayan contribuido a la ilegalidad de la contratación pública.

A mi juicio, es razonable pensar que los jueces civiles tendrían serias dudas para aplicar el principio de enriquecimiento injusto si tuviesen que enjuiciar la celebración y la ejecución de contratos administrativos.

Hasta ahora se facilita la conculcación de la ley de contratación administrativa con la invocación fácil y sencilla del principio de enriquecimiento injusto o con la apelación a la responsabilidad patrimonial cuando existe una nulidad de pleno derecho. Así lo advertía el maestro cuando constataba que nada exige que la contratación administrativa deba absorber la totalidad de las reglas de fondo de los contratos civiles, a pesar de las mayores garantías de justicia del derecho civil (García de Enterría, 1963, p. 128). Casi me atrevería a añadir que habrá que impedir o, al menos, minimizar el trasvase precisamente de un principio de enriquecimiento injusto que ahora mismo está socavando dañinamente la efectividad del sistema de contratación pública.

Sería necesario, por tanto, una profundización en esta cuestión por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español, e incluso no sería descabellado acudir por vía prejudicial al Tribunal de Justicia. Es necesario saber si el venerable principio del enriquecimiento injusto, tan fácil de aplicar y de tanto arraigo en la justicia natural, puede desvirtuar una regulación tan puntillosa y exigente como la de la contratación pública. No olvidemos que el complejo régimen de los contratos administrativos tiene dos objetivos: desde la perspectiva europea pretende garantizar las libertades económicas fundamentales de los licitadores, y desde el punto de vista de la gestión de lo público procura evitar que desaprensivos dirigentes políticos tiren con pólvora del rey, con grave quebranto para la hacienda de todos.

Referencias bibliográficas

- Agencia Valenciana Antifraude. (2020). *La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?* Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.
- Basozabal Arrue, X. (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 4, 1-54.
- Bauzá Martorell, F. J. (2016a). Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181, 227-252.
- Bauzá Martorell, F. J. (2016b). Contratación verbal e ingresos obtenidos ilícitamente. *Revista Española de la Función Consultiva*, 26, 89-104.
- Carretero Espinosa de los Monteros, C. (2015). El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos: nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad. *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, 93, 107-132.
- Coscolluela Montaner, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 84, 185-202.
- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 41, 99-128.
- González-Lamuño Romay, O. (2019). La contratación pública y sus dimensiones administrativa y civil: jurisdicción, invalidez e indemnización. En *Derecho privado y derecho público ante los tribunales de justicia. Liber amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González* (pp. 519-538). Reus.
- Martín Rebollo, L. (2009). La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia). *Revista Española de la Función Consultiva*, 12, 41-105.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1960). *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla.
- Pérez López, E. (2019). Los problemas jurídicos derivados de la contratación pública irregular en los municipios españoles. La revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos. *Revista de Derecho de la Uned*, 25, 90-126.
- Punzón Moraleda, J. (2016). El alcance de la *actio in rem verso* en las normas de contratos del sector público. Especial referencia al enriquecimiento injusto o sin causa de la administración en materia de contratos. En R. Tapia Vega, P. J. Carrasco Parrilla y E. Oliva Gómez (Coords.), *Hacia el ámbito del derecho administrativo* (pp. 117-144).
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Marcial Pons.
- Rodríguez Morilla, J. A. (2015). *El modificado de obras en la contratación pública*. (Tesis doctoral dirigida por Rafael Caballero Sánchez y Fernando González Botija). Universidad Complutense de Madrid.
- Tribunal de Cuentas Europeo (2015). [Informe Especial nº 10/2015, de 16 de junio de 2015, «Necesidad de intensificar los esfuerzos para abordar los problemas en la contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de cohesión»](#). Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.



Valero Escribano, J. I. (2015). La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares. *Revista Española de Control Externo*, 50, 149-179.

Bar, Ch. von, Clive E. y Schulte-Nölke, H. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier.