



El enriquecimiento injusto en la contratación pública

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho. Profesor ayudante doctor (ANECA)

Secretario de Administración local

joseenriquecandela@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5894-7833>

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

La realidad de un contrato público está sometido a vicisitudes que generan dudas sobre la extensión de los derechos y obligaciones de las partes. Tras su ejecución, en ocasiones el contratista presenta solicitudes de abono a la Administración con base en prestaciones ordenadas por esta, contra o sin ajustarse al procedimiento. Situación irregular que enriquece sin causa al contratante y que permite al licitador reclamar que se le abonen los trabajos realizados.

Se analiza en este trabajo cuáles son los medios de que dispone el contratista, los requisitos para reconocer el enriquecimiento injusto, los efectos de la nulidad administrativa y sus efectos contables para solventar la injusta situación, así como las posibles responsabilidades en un marco normativo garantizado por los principios generales de la contratación.

Se arbitra mediante la figura del enriquecimiento injusto la seguridad jurídica que supone realizar la obra, prestar el servicio o el suministro satisfecho como obligación, fundamentado en la prestación realizada y satisfecha y no en el contrato si fuera declarado nulo y por tanto inexistente.

Palabras clave: enriquecimiento injusto; contratos del sector público; intervención financiera-contable; nulidad contractual.

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

Cómo citar: Candela Talavero, J. E. (2021). El enriquecimiento injusto en la contratación pública. *Revista CEFLegal*, 242, 93-128.



Unjust enrichment and public procurement

José Enrique Candela Talavero

Abstract

The reality of public procurement usually undergoes issues generating doubts on the extent of the rights and obligations of the parties. Once the contract has been performed, the awarded party sometimes submits payment requests to the authorities based on tasks ordered against or sidelining procedure. An irregular situation that unjustly enriches the awarding authorities and enables the awarded tenderer to seek compensation for the work done.

This paper analyses the means available to the contractor, the requisites to identify unjust enrichment, the effects of void in administrative law and its effects in public accounting to solve this unfairness, as well as liabilities laid out in the legal frame granted by the general principles of public procurement.

This figure of unjust enrichment serves legal certainty allowing contract performance and banishing a declaration of the contract as void and, therefore, non-existent.

Keywords: unjust enrichment; public procurement; public sector financial and accounting control; null and void contract.

Citation: Candela Talavero, J. E. (2021). El enriquecimiento injusto en la contratación pública. *Revista CEFLegal*, 242, 93-128.



Sumario

1. Introducción
 2. La aplicación de los principios generales al enriquecimiento injusto: la eficacia
 3. El enriquecimiento injusto
 - 3.1. Ejecución de los contratos
 - 3.2. Obligaciones de las partes en contratos del sector público
 - 3.2.1. La Administración
 - 3.2.2. El contratista
 4. Mecanismos de protección del contratista
 - 4.1. El enriquecimiento injusto y la intervención financiero-contable
 - 4.2. Efectos de la nulidad del contrato
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, como requisito para la existencia y permanencia de nuestro Estado de derecho, según le determina el artículo 103.1 de la Constitución (en adelante, CE), a la que está sujeta junto al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.2 CE) como deber general positivo de realizar sus funciones conforme a la norma suprema (STC n.º 101/1983), calificada como «norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico» (STC de 31 de marzo de 1981).

Esta sujeción convierte el interés general en principio que orienta la actuación administrativa en cualquier campo del derecho administrativo, y por tanto en el sector de la contratación pública de obligatoria observación en todo el procedimiento contractual. A su vez, el mismo artículo 103.1 de la CE marca la búsqueda en el servicio público del interés general con «objetividad» y con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho», dando lugar a previsiones para la materialización de estos criterios y, con esto, una actuación guiada por los principios de buena fe y confianza legítima, ofreciendo una relación con el ciudadano según la transparencia y participación como objetivos de la normativa básica en materia de contratos públicos, garantizando y haciendo efectivos los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica (Moreno Molina, 2008, pp. 49-50) (SSTC n.º 27/1981, de 20 de julio [NFJ000001] y n.º 46/1990, de 15 de marzo [NCJ063453]). Principios reconocidos por la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GmbH; de 8 de octubre de 1980, Uberschar, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16, o de 29 de abril de 2004 [Succhi di frutta]), y que como marcos de actuación de los poderes públicos no son meramente interpretativos sino de carácter normativo (STS de 22 de septiembre de 1988).

La contratación pública pues está presidida por el principio de inalterabilidad del fin de interés general, que justifica la existencia de prerrogativas administrativas que hallan limi-

taciones en su ejercicio delimitadas por el juego de los principios generales de la contratación, la preponderancia del fin de ese interés público y el respeto al equilibrio contractual (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Dictamen n.º 86/2005, de 15 de junio).

De esta realidad se hace eco la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) al reconocer en su artículo 1 objetivos como que regular la contratación del sector público para garantizar su ajuste a

los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

A partir de estos principios se desprende la posición institucional que las partes del contrato público asumen y la existencia en su caso de un enriquecimiento injusto, pues se necesita que sean contratos onerosos presentes cuando «el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta» (art. 2 LCSP).

Ahora bien, la figura del contrato administrativo se caracteriza por su inmediata vinculación con el derecho privado y la necesidad no obstante de marcar sus diferencias. Por eso que, partiendo de la admisibilidad de la figura en el ámbito contencioso-administrativo, tomándolo como principio unido a la dimensión civil, puso de manifiesto la STS de 12 de diciembre de 2012 la aplicación de

la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Es así que la jurisprudencia ha venido manifestando reiteradamente que el principio de buena fe, recogido en el artículo 1.258 del Código Civil, debe tener en el ámbito de las rela-

ciones contractuales administrativas al menos tanta virtualidad como en el derecho privado (STS de 1 de febrero de 1982); que los contratos administrativos, pese a sus «modulaciones», obedecen a los mecanismos propios de la figura contractual (STS de 28 de septiembre de 1987); que el contrato, en su concepción genérica como *lex inter partes*, tiene también su plasmación en el ámbito del derecho administrativo y que los principios que informan la contratación no están desvirtuados por las peculiaridades que singularizan a la contratación administrativa (STS de 12 de junio de 1980); que la contratación administrativa está sujeta al principio esencial de equilibrio objetivo en las prestaciones, que implica el recíproco cumplimiento de aquellas obligaciones que de modo específico se han comprometido (STS de 18 de mayo de 1981). Y lo mismo ha ocurrido en materia de responsabilidad contractual; en concreto, el Consejo de Estado ha rechazado la propuesta de resolución de un contrato por vicios aparecidos en las obras transcurrido el periodo de garantía, considerando que debía hacerse efectiva la responsabilidad civil general del constructor «para remediar el defecto», partiendo de una remisión implícita a la disciplina del contrato de obra del Código Civil (Dictamen del Consejo de Estado 2510/2004) (Avezuela Cárcel, 2005, p. 16).

Aplicaciones que no impiden con acierto marcar diferencias fundamentales entre ambos derechos, señalas por Ariño Ortiz (2007), por cuanto siendo

cierto que el contrato administrativo ha recibido sus elementos esenciales, su estructura, su esquema formal, del derecho privado (común), cierto también que su régimen jurídico –su fondo– está hecho de particularismo. El contrato administrativo está presidido por una idea de «justo precio» (frente al civil, en el que la idea de equivalencia de prestaciones está ausente, después de la codificación); su interpretación no es voluntarista (la intención de las partes), sino legal y teleológica (el fin del contrato, al mejor servicio del público; en todo contrato administrativo hay un tercero oculto que es el público); el *pacta sunt servanda* tiene un alcance distinto en ambos derechos, por las necesidades de modificación y cambios que con frecuencia aparecen en los contratos públicos, muchos de ellos de larga duración; el régimen de prescripción o compensación de créditos es también distinto al civil por exigencias del principio de legalidad presupuestaria y de seguridad de la Hacienda pública; la cláusula *rebus sic stantibus*, de aplicación excepcionalísima en derecho civil o mercantil, debe ser habitual en los contratos administrativos para lograr un reparto equitativo de los riesgos (porque esto es lo más conveniente para el interés público) (pp. 100-101).

Figura pues del contrato administrativo y búsqueda de la satisfacción de los intereses generales que justifican las prerrogativas administrativas con base en las cuales mostrara su parecer el maestro García de Enterría (1963), para quien

la justificación analítica de esa substantividad del contrato administrativo por referencia al contrato civil va a hacerse mediante la localización en el primero de las llamadas «cláusulas exorbitantes del derecho común», cláusulas que no cabrían

en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta.

Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del derecho administrativo. Hemos podido ver esta rigurosa correspondencia entre uno y otro plano a propósito de la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión, como también respecto de la doctrina del servicio público, así como no falta tampoco la explicación entera del derecho administrativo según la tesis de la cláusula exorbitante, forjada en el terreno contractual (pp. 108-111).

2. La aplicación de los principios generales al enriquecimiento injusto: la eficacia

Para delimitar las obligaciones de las partes la regulación centra su atención, entre otros aspectos, en elementos como las necesidades que se quieren cubrir con el contrato y la idoneidad de su objeto, la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, el principio de integridad o la mejora en la competencia a través de la contratación pública, que no son sino anticipos del principio de la buena administración, referida como límite, entre otros, en la previsión de libertad de pactos o la eficacia en su realización, señalada en el artículo 103.1 de la CE, el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP) o el artículo 6.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, necesaria para conseguir el objetivo contractual (STSJ de Cantabria de 10 de enero de 2003 [FD 2.º]), y que es límite a los medios a aplicar, pues la decisión de contratar afecta a la eficacia y objetividad (Bernal Blay, 2011, pp. 131) (STS de 13 de marzo de 1991 [FD 3.º]).

De ahí que el artículo 3.3 de la LRJSP señale que «la actuación de la Administración Pública se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico» (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2002 [FD 4.º]) y que sea guía en la actividad administrativa al estar vinculada con el principio de eficiencia (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2002 [FD 5.º]).

La dimensión de Estado social que reconoce nuestra Constitución se intensifica en el sector de la contratación pública, permanentemente vinculado y respondiendo a las exigencias comunitarias (Moreno Molina, 2015). Derecho de la Unión Europea como parte ineludible de nuestro ordenamiento jurídico¹, de aplicación preferente al interno (Alonso García,

¹ Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008.

2009, pp. 11-30), que logra su efectividad en campos como la lucha contra la corrupción y la realización de los principios rectores de la política económica y social Gómez-Ferrer Morant (2016, p. 72).

Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica de servicio público). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental) (Gimeno Feliú, 2018).

En el campo de la contratación pública el artículo 1 de la LCSP da cuenta de los principios generales aplicables en este sector, tales como la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (Blanquer Criado, 2010, pp. 697-698); el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad y de eficiencia, la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Transparencia que remarcan los artículos 64 y 132 de la LCSP. El primero que claramente resalta la lucha contra la corrupción, el fraude, el favoritismo y la prevención de los conflictos de intereses, que distorsionará la competencia, amén de garantizar la transparencia y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Y de manera más concreta para velar por la realización de estos principios de igualdad, transparencia y libre competencia, se obliga también a los órganos de contratación en el artículo 132 de la LCSP que se evite restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios y velando en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia.

Actuación pública que se reconduce y reduce necesariamente a la buena administración para que el objeto de las necesidades administrativas sea cubierto por el órgano de contratación y no por el recurrente (Resolución n.º 109/2018, 25 de abril, FD 5.º, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Principios que encuentran su origen en la regulación comunitaria, al ser la contratación pública uno de los sectores en que el desarrollo del derecho comunitario ha llegado más lejos (Moreno Molina, 2000, p. 319). Básicamente en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que es norma cabecera en los contratos públicos que «desde su primer considerando, resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros». Previsiones que se materializaran en el *Libro verde. La Contrata-*

ción Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro, de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1996, que invitó a aplicar una política más abierta de la contratación pública para que los procedimientos de contratación sean más justos, transparentes y no discriminatorios, buscando reducir el riesgo de fraude y corrupción en las Administraciones. Además de buscar la eficiencia y emplear mecanismos flexibles que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos. De esta manera que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución n.º 244/2016, de 8 de abril), siguiendo la postura del Tribunal General de la Unión Europea (Sentencia de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) advirtiera que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, razón que obliga a que «la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue».

Para la realización de estos fines es por lo que el artículo 28 de la LCSP reconoce la eficiencia en la contratación concretando que solo deben celebrarse contratos públicos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, velando por los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia, además de instar a que «las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente» (Martínez Fernández, 2017)².

Importancia de acreditar la necesidad e idoneidad de realizar un contrato público que se deduce de distintas regulaciones: caso de los artículos 1, 28.1 y 118 de la LCSP; de los artículos 67 sobre los pliegos de cláusulas administrativas y del artículo 73 sobre las actuaciones administrativas preparatorias del contrato del Reglamento de contratos (Real Decreto 1098/2001); del artículo 3 de la LRJSP que dispone: «Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo [...]. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales»; o del artículo 40.1 de la Ley General Presupuestaria (LGP) 47/3003, de 26 de noviembre, que refleja que los estados de gastos de los presupuestos (...) se estructurarán de acuerdo con las clasificaciones orgánica, por programas y económica, que ofrece información sobre el destino de los fondos públicos, es decir, en qué se emplean los recursos económicos y el artículo 42 LGP al estipular que «los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos o a la que resulte de las modificaciones aprobadas conforme a esta ley».

² Actuación planificadora contractual que alentara la doctrina distintos organismos: Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1039, de 26 de junio de 2014; Dictamen n.º 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias o el Informe de la JJCCA de Cataluña n.º 14/2014, de 22 de julio.

3. El enriquecimiento injusto

La figura del enriquecimiento injusto necesita estar relacionada con distintos sectores como la seguridad jurídica, siendo necesario saber cuál es el contenido mínimo del contrato (art. 35 LCSP), al estar compuesto entre otros elementos por la «definición del objeto, el precio cierto, o el modo de determinarlo, la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas, las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, las condiciones de pago, los supuestos en que procede la modificación, en su caso, o los supuestos en que procede la resolución, y que son necesarios analizar si el contratista considera verse afectado por decisiones administrativas contrarias a lo pactado»; relacionado con «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» concretados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 122.2 LCSP), pues las obligaciones que asume el adjudicatario le son bien conocidas y analizar su posible reclamación a la Administración por afectarle actuaciones englobadas en un enriquecimiento injusto, se le ofrece la información concreta de la documentación (art. 138 LCSP). Conocimiento que es capital una vez presentada su proposición, además de tener que ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, pues «su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna» (art. 139.1 LCSP); y relacionado con los efectos del contrato, pues «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas» (art. 189 LCSP), toda vez que aquellos efectos se rigen por la ley de contratos y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, siendo el criterio permanente de toda actuación pública el interés público que supondrá la continuidad concedente de seguridad jurídica, que justifica la regulación de la figura de la concesión en el ámbito local.

A estos efectos, del artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, se deduce que «la continuidad y regularidad determinan y fundamentan el nacimiento y la conservación de la relación contractual, de su posible modificación, de los derechos y deberes de policía e interpretación, en fin, de la extinción misma del contrato» (Martínez Marín, 1990, p. 43). Para fundamentar esta idea recordó el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (Dictamen n.º 29/2000, de 4 de mayo) la STS de 22 de febrero de 1982 a resultas de la cual

la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicio y la prestación de este de forma regular y continua, hasta el extremo que estas notas forman parte de muchas de las definiciones doctrinales que se han dado de esta institución [...]. Lo dicho se traduce en la práctica en que, en la concesión o en el arrendamiento de un servicio público, por poco relevante que este sea, toda la construcción del régimen está hecha con miras a asegurar su buen, regular y continuo funcionamiento [...]. La continuidad en la prestación del servicio es

la nota esencial de todo servicio público y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución.

Así que para dar razón a la posible modificación de un contrato público, la satisfacción del interés público y la continuidad del actuar de los poderes públicos y protección a los contratistas que

la actividad contractual de la Administración, como cualquier acción del poder público, no puede ser inmune al desenvolvimiento del Estado social, de modo que la intensa actividad prestacional a que la Administración está en él abocada, no puede ser en muchos casos interrumpida sin grave perjuicio de los ciudadanos, sobre todo de los más desfavorecidos, de manera que el ejercicio de la potestad de modificación contractual puede ser un instrumento para garantizar la continuidad de la actividad pública, cuando sobre las condiciones a las que se preveía inicialmente que se habría de someter hayan operado nuevas necesidades o causas imprevistas (Consejo Consultivo de Castilla y León, Dictamen de 29 de marzo de 2012).

Enriquecimiento injusto, en fin, cuyos requisitos en el ámbito administrativo son el enriquecimiento patrimonial para una de las partes con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (dictámenes n.º 38/2014, n.º 89/2015, n.º 102/2015 y n.º 267/2018, de 7 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias).

3.1. Ejecución de los contratos

Si la Administración tiene la obligación de proteger, también en la contratación pública, los intereses generales, esta realidad justifica que se le reconozcan unas potestades o prerrogativas para interpretar, modificar o resolver el contrato, cuya definición se determina por dos factores claves: que sea oneroso³ por la obtención por el contratista de algún tipo de beneficio económico, y el riesgo y ventura, o también denominado riesgo operacional. Elementos cuya correcta ejecución o no provocará la declaración o no de enriquecimiento injusto.

³ Onerosidad del contrato: posibilidad de ofertar determinadas prestaciones a precio cero (Resolución n.º 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acuerdo n.º 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, refiriendo la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, resoluciones n.º 661/2014 y n.º 1045/2015 de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o la Resolución n.º 98/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Estas ideas se concretan en los tipos de contratos. De esta manera que la ley (art. 14 LCSP) reconozca para el contrato de concesión de obra pública (también para el contrato de concesión de servicios en el artículo 15 LCSP) que el derecho de explotación de las obras implique

la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos [resultando que el concesionario asume un riesgo operacional] cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Riesgo en la contratación administrativa que el maestro García de Enterría (1950) hace años depurase por cuanto

la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual (p. 88).

Sobre el riesgo operacional y forma de remuneración como derecho a explotar el servicio en las concesiones resolvió la STJUE de 13 de octubre de 2005, que supone que el concesionario asume también el «riesgo de explotación» del servicio, lo que en ese contexto parece incluir claramente el denominado «riesgo de demanda», es decir, el riesgo de que el número de usuarios sea más o menos alto, lo que afectará a sus ingresos y por tanto a las posibilidades de recuperar la inversión efectuada (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, Sala Primera, C-458/03). Pero debe existir un riesgo de que las cuentas salgan mal, de que el contrato resulte ruinoso:

El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (STJUE Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio

causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

Postura que se confirma por no ser conforme a derecho la concesión cuando no existiera asunción del riesgo por el concesionario (STJUE de 18 de julio de 2007) (Huelgo Lora, 2017, pp. 38-39 y Gómez-Ferrer Morant, 2004, pp. 1085-1204).

Riesgo matizado cuando afecta al equilibrio económico y que se contempla expresamente en el ya citado Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955 (Torno Más, 2016). Su artículo 126.2, a) y b) contempla el equilibrio financiero de la concesión, referido tanto al «hecho del príncipe» (Fernández-Figueroa Guerrero, 2012) como a la imprevisión, pues en el régimen de la concesión se prevé que las características del servicio serán «libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público», y que «la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso, y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial» (SSTS de 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987). Serán de esta manera nulas las cláusulas que establecieran la irreversibilidad de las retribuciones de los concesionarios durante el transcurso de la concesión, ya que «la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber de esta para mantener, en todo caso, el equilibrio económico» (SSTS de 11 de junio de 1986 y de 20 de mayo de 1999).

El riesgo y ventura del contrato supone que el contratista asuma los riesgos a que está expuesto en el desarrollo de un contrato y que repercuten en el beneficio económico que espera obtener, es decir, que le sea más o menos rentable en función de los costes y los beneficios esperados y por esto que

dado que la concesión y la remuneración del concesionario tienen como objetivo recuperar la inversión realizada y obtener un beneficio razonable resulta obvio que el plazo de duración de la misma va a depender y estar vinculado al tiempo necesario para permitir dicha recuperación, por este motivo, no sería razonable ni que la duración máxima pueda exceder del tiempo que resulte razonablemente previsible para que el concesionario pueda recuperar las inversiones previstas para la ejecución de la concesión junto con un rendimiento (beneficio) sobre el capital invertido (Calatayud Prats, 2017).

Pero en este caso, no estamos ante este instituto jurídico, sino que el contratista ha ejecutado una prestación que debe ser objeto de retribución. Son, en definitiva, unidades de obra pactadas y ejecutadas en beneficio de la Administración contratante a abonarse cuando fueran accesorias o añadidas si estas obras accesorias o añadidas llevadas a cabo

por el contratista son necesarias para la totalidad de la obra contratada, debiendo ser abonadas en la parte que han resultado útiles al dueño de la obra por imperativo precepto de los artículos 453 y 1594 del Código Civil (SSTS de 4 marzo 1997 y 30 de enero de 1996).

Estos supuestos fueron atendidos por la JCCAЕ en su Informe n.º 30/16, de 10 de octubre de 2018, que atribuía a que

la propia lógica de las cosas impone que, bien entendiendo que se ha producido una ampliación o extensión de la obra y del contrato inicial al que hay que aplicar los principios y reglas del contrato originario, o bien para el caso de que se rechazara dicha solución por el carácter formalista de la contratación administrativa, se debería aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto (STS de 29 de abril de 2008) a fin de que la Administración haga frente económicamente al exceso de prestación realizada por el contratista respecto de la contractualmente pactada. Señala además el Tribunal Supremo en esta sentencia que «entender las cosas de otra manera, en el sentido de que el exceso de obra no obliga al Ayuntamiento, constituye un atentado a la lógica de las cosas. Cuando por la naturaleza de las cosas, o, por acuerdo de las partes, es necesario un aumento de la obra prevista contractualmente las consecuencias habrán de ser soportadas por ambos contratantes. El contratista realizando el exceso de obra, y el ente público pagando el exceso de obra realizado».

En todos los contratos administrativos, como ya sabemos, su ejecución se realiza a riesgo y ventura del contratista que por esencia es imprevisible, lo que supone que la marcha de los acontecimientos puede determinar un incremento en las ganancias del contratista sobre los inicialmente calculadas, pero también puede que sufra una disminución de las mismas o incluso pérdidas, siendo a cuenta del mismo, sin que pueda exigir en estos casos un incremento del precio o una indemnización.

El enriquecimiento injusto y los efectos del riesgo y ventura suponen que el contratista encargado de ejecutar unas obras de urbanización tiene que conocer que no puede ejecutarlas sin la previa aprobación de los instrumentos urbanísticos correspondientes, por esto que, aplicando a esta situación el riesgo y ventura a unos hipotéticos efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa «solo deben ser tenidas en cuenta las obras realizadas, de hecho, conforme a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas» (STS de 15 de noviembre de 2000), provocándose un desequilibrio por existir prestaciones del contrato derivadas de órdenes de la Administración acreditándose que no «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» (STS de 12 de diciembre de 2012).

Por su parte, para la STS de 28 de enero de 2016 (FD 4.º) a la hora de fundamentar la negativa a un enriquecimiento injusto, negó dar validez al documento presentado por la recurrente

en que se admite la cuantía de la deuda reclamada, negando la potestad para el reconocimiento al firmante de la misma, considerando en consecuencia que el exceso de gasto al no estar aprobado debía imputarse a la recurrente, dado que era concedora del procedimiento de contratación por ser prestadora habitual de servicios, y no debió aceptar, sin proceder al cumplimiento de las exigencias formales de los contratos administrativos, la modificación de los términos del contrato original. Sin embargo, la Sala discrepa de la consideración de que para que exista un enriquecimiento injusto sea preciso someterse a los criterios formales de contratación, pues en ese caso no sería necesario acudir a dicha doctrina, sino a la reclamación en términos de cumplimiento contractual. 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. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente resarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente.

3.2. Obligaciones de las partes en contratos del sector público

3.2.1. La Administración

La posición de supremacía (Parada Vázquez, 2019) ya mencionada que la Administración ocupa en el sector de la contratación pública se delimitó claramente en la STS de 22 de febrero de 1982, que la justificó

no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios. La primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (Pendás García, 1995, pp. 426).

Posición que da pie a la delimitación doctrinal del contrato y las prerrogativas puesto que

el contrato administrativo es, en síntesis, una fórmula de colaboración de los particulares a una tarea concreta de la Administración; esta colaboración se resuelve, en líneas generales, mediante procedimientos de derecho público. Adóptese, para calificar la tarea que se realiza, la expresión fin público, servicio público, interés público o la que se quiera. Lo que tal expresión demuestra, en definiti-

va, es que se trata de algo propio de la Administración que lo realiza. Los particulares entran directamente dentro de la esfera de la Administración. La tarea a realizar –al servicio que se presta o a la obra que se construya– es siempre algo propio de la Administración, que por ello no puede desentenderse de la misma. Esta condición fija además, por su parte, el estatus propio que la Administración asume dentro de la misma relación contractual. La supremacía de la Administración no es solo posicional, pudiéramos decir, esto es, en función de la valoración ontológicamente superior que le corresponde, sino que tal superioridad incide, perfilándola esencialmente, sobre toda la relación contractual (Martín-Retortillo Baquer, 1959, p.77).

Posición de inteligencia y ejecución (STS de 13 de julio de 1985) que no debe hacernos

ignorar la naturaleza bilateral de los mismos y las implicaciones que esto conlleva para las partes, pues, a pesar del juego amortiguado del carácter recíproco de las obligaciones derivadas de un contrato (art. 1124 Código Civil) en el ámbito administrativo, la Administración no puede –bajo pretexto de su supremacía– ignorar la posición jurídica del contratista con el que ella se siente vinculada (Díaz Vales, 2008, pp. 15-44).

Esta posición privilegiada no es absoluta, de manera que para casos de incumplimientos fue claro el criterio del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (Dictamen n.º 29/2000, de 4 de mayo) de la necesidad de diferenciar el incumplimiento generador de la extinción del vínculo contractual y aquel otro que, si bien no es susceptible de provocar dicho efecto por su menor trascendencia, conllevaría para la parte perjudicada la posibilidad de exigir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Criterios que son aplicables en el ámbito administrativo, en el que no cualquier incumplimiento de la Administración o del contratista podría dar lugar a la resolución del contrato, no bastando para producir tal resultado que medie una simple voluntad rebelde, sino que es exigido por la ley, según la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo (STS de 15 de julio de 1988), que se trate del incumplimiento de obligaciones esenciales (García-Trevijano Garnica, 1996, pp. 114) que permitan albergar graves perturbaciones en el servicio (STS de 28 de septiembre de 1984) o incumplimiento sustancial de las condiciones (STS de 30 de septiembre de 1988).

En igual sentido, saber la clara doctrina que el Consejo de Estado venía afirmando que «resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que esta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura» (Dictamen de 1 de marzo de 1979), incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, sino graves y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia (dictámenes de 9 de junio de 1988 y n.º 1217/1993, de 14 de octubre, Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen n.º 251/2011, de 31 de marzo, STS de 10 de

marzo de 1999 y SSTSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 1995 y del TSJ de Madrid de 14 de junio de 2001).

3.2.2. El contratista

Terminado el plazo de un contrato, o se liquida o se acuerda su prórroga en los términos del artículo 29 de la LCSP, acordada por el órgano de contratación, resultando obligatoria para el empresario, sin admitirse en ningún caso producida por el consentimiento tácito de las partes. A resultas de la cual, de haberse ordenado al contratista por la Administración continuar la prestación, si fuera ejecutada, se prorrogue o no el contrato, deberá ser satisfecha, pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto (SSTS de 7 de diciembre de 2011 y de 15 de junio de 2018).

Este es el criterio de reiterada jurisprudencia, que delimita los efectos de esta figura unida al principio de seguridad jurídica, y sin perjuicio de las responsabilidades patrimoniales que pudieran derivarse. Obligación para la Administración que nace directamente del propio contrato, rechazándose la opción de introducir en los pliegos la condición de proceder al pago de percibirse una subvención, de manera que la Administración deberá »tener la certeza presupuestaria de poder hacer frente a los compromisos económicos que se deriven, debiendo quedar los eventuales convenios de financiación entre administraciones públicas en el ámbito de las relaciones internas entre estas» (JCCA de Cataluña, n.º 6/2014).

Resultando así que la libertad de pactos habilitada en el artículo 34 de la LCSP y el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, no es ilimitada sino sujeta a condicionantes como son el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración. Es justamente el ordenamiento jurídico –comunitario e interno– el que establece como derechos del contratista el cobro de la prestación realizada y del interés de demora en el caso de que la Administración no pague dentro del plazo establecido (JCCA de Cataluña, Informe n.º 6/2014 e Informe expediente 31/17 de la JCCAE).

Respecto al pago de las prestaciones efectivamente ejecutadas, que fuera admitida la situación de enriquecimiento injusto, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de octubre de 2002, al condenar a la Administración a abonar los servicios realizados por la demandante con base en la buena fe que cabía presumir, dado que venía prestando servicios anteriormente en el mantenimiento y reparación de equipos, aunque no existieran para los reclamados contratos administrativos válidamente celebrados.

A partir de estos reconocimientos, se deducen las características para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto: a) Que se hayan producido prestaciones por el particular. b) Que no se deban a su propia iniciativa. c) Que no revelen voluntad maliciosa. d) Y

que tengan su origen en hechos dimanantes de la Administración, que hayan generado razonablemente la creencia de que debía colaborar con dicha Administración. Y siendo una figura que representa «una última modalidad de imputación que permite la fórmula consagrada por los arts. 121 LEF y 40 LRJAE» (STS de 23 de marzo de 2015) (García de Enterría y Fernández, 1986, p. 352).

Premisas siempre necesarias siguiendo la interpretación jurisprudencial son

que la prestación se haya efectivamente realizado, que se produzca el enriquecimiento por la Administración (que se produce en la misma medida en que el contratista sufre el detrimento patrimonial) y que se haya realizado como consecuencia de las órdenes recibidas de la Administración contratante. Eso sí, se exige según STS de 15 de marzo de 1978 un requisito adicional a los referidos (que constituirían la doctrina unánime) y es que las órdenes sean dadas «por quienes y del modo que para el contratista tuviera apariencia de la efectiva potestad», porque si no se da esa mínima relación no se podrá aplicar la teoría del enriquecimiento injusto, aunque esta doctrina fue objeto de una interpretación más flexibilizadora del principio, en las SSTs de 21 de noviembre de 1981 y 11 de octubre de 1979 (Mestre Delgado, 1985).

La aplicación de la figura analizada encuentra cabida en el llamado principio *nemo auditur*, como bien indicara Rebollo Puig (2002), pues

se ha invocado también ante otros defectos de forma cometidos por la Administración y justamente para impedir a esta que los alegara con éxito como vicios de su propia actuación y en perjuicio del administrado. En realidad, esta jurisprudencia ofrece muchas variantes. Por ejemplo, STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 7058): que reconociera que «... el defecto o vicio de procedimiento resultante de tal proceder no puede producir efectos dañosos para los administrados, tal y como establece el art. 115.2 (de la LPA/58) cuando en él se recoge el principio jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*» (pp. 192, 201-202).

Principio que es fruto del mandato que la Administración no puede alegar la nulidad de sus actos y contratos cuando se basa en su propia actuación ilegal.

En todo caso, y para la aplicación en sede del derecho administrativo de este principio del derecho civil (Delgado Echeverría, 2001, p. 112), que incluso hay quien lo data a una regla contenida en Las Partidas, se ha argumentado que para la jurisprudencia es aplicación de una especie de principio general, según el cual «nadie debe enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro» (Vendrell Cervantes, 2012, pp. 1.112-1.113).

Este amparo en el contrato público supone excluir la figura del enriquecimiento cuando estemos ante modificaciones contractuales o cuando sean prestaciones derivadas de ese

propio contrato que den lugar a la reversión (Informes de 21 de diciembre de 1995, de 17 de marzo de 1999, 2 de 5 de marzo de 2001 y 24 de marzo de 2006 de la JCCA). De este supuesto se hizo eco la STS de 25 de noviembre de 1996 cuando la reversión esté prevista en el pliego y, en consecuencia, «dota de causa al posible enriquecimiento municipal y lo desposee de injusticia alguna». Y en el supuesto de una modificación recordar que

los conceptos de ampliación de servicios y servicios extraordinarios no pueden ser incluidos en la revisión de precios, pues la ampliación o mejora propuesta por los recurrentes no es materia de revisión de precios, sino una modificación del contrato que no puede ser impuesta unilateralmente por la empresa al Ayuntamiento y la marcada aleatoriedad de los servicios extraordinarios impide, igualmente, su consideración como algo normal, sujeto a la referida revisión, no existiendo sobre este punto particular referencia a un posible enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento, ya que en caso de prestarse eventualmente los expresados servicios mejorados o extraordinarios, se retribuirían adicionalmente en virtud de las cláusulas (STS de 20 de mayo de 1999) (Vicente González, 2005, p. 416).

No olvidar que «el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación» (art. 210.1 LCSP). Esta previsión se tiene que poner en relación con la interpretación de la JCCA de Aragón (Informe n.º 17/2011, de 6 de julio, de 2011).

Es requisito para apreciar que el enriquecimiento injusto exista una orden a ejecutar por la Administración, que deber estar presente aun cuando lo ejecutado no esté ajustado al proyecto inicial y contrato formalizado. Así que las SSTS de 29 de enero de 1993 y 14 de noviembre de 1985 resolvieron el abono de las partidas de obra realmente ejecutadas, cuando se acrediten las prestaciones ejecutadas, sea obra u obras complementarias: ejecutadas por orden de la dirección de la obra o por la Administración, prescindiendo del procedimiento legalmente previsto, al existir y probar la buena fe del contratista y tratarse de prestaciones útiles a la Administración (SSTS de 29 de febrero 2008 y de 12 de junio de 2009 y SAN de 19 de diciembre de 2002). Por eso que tanto la STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 1999 como la STS de 29 de julio de 1989 resolvieran que estas instrucciones recibidas provocaron en el contratista, de manera razonable, una creencia que le incumbe de un deber de colaboración con dicha Administración (STS de 5 de julio de 2016). Incluso admitiéndose que las órdenes provengan del director de la obra (JCCA en su Informe n.º 30/16, de 10 de octubre de 2018), pues es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones, si son dadas por escrito, son de obligado cumplimiento para el contratista (STS n.º 764/2018, de 10 mayo).

A resultas de lo dicho no existirá enriquecimiento injusto en el caso de obras que se realizaran de manera voluntaria por el empresario (STS de 28 de enero de 2000). Así que este exceso de obras deberá abonarse al contratista cuando no sean imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Aplicándose cuan-

do la orden provenga de quien, para el contratista, tuviera apariencia de efectiva potestad (STS de 20 de diciembre de 1983); en el supuesto en que había sido prevista por las partes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto (STS de 24 de enero de 1984); cuando ha habido órdenes aunque tengan vicios de forma (SSTS de 27 de febrero de 1984 y 20 de octubre de 1987). Resultando en definitiva que

la ampliación de la obra se debió a una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, por lo que no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que, de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la empresa contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes (STS de 28 de enero de 2000).

La instrucción u orden de la Administración que recibe el contratista y las obras pactadas entre ambos que, como recordara la JCCAЕ en su Informe n.º 30/16, de 10 de octubre de 2018, es criterio jurisprudencial que

en la parte de obras realizadas sin consentimiento expreso de la entidad contratante, pero por Orden del Director de la Obra, es evidente la procedencia de su pago, pues al margen de que tales incrementos de obra se hayan realizado siguiendo el procedimiento legalmente establecido, lo cierto es que el Director de la Obra es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones si son dadas por escrito son de obligado cumplimiento para el contratista (STS n.º 764/2018, de 10 mayo).

En sentido parecido citar la STS de 16 octubre 2000 para la que

fundados en la inalterabilidad de los contratos administrativos una vez celebrados, salvo que la Administración contratante autorice su modificación, deben ceder ante la doctrina Jurisprudencial que aplica a los contratos administrativos, como corrección al postulado de su inalterabilidad, el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa (en sentido similar, las SSTS 20 de octubre de 1987, 26 de febrero de 1999 y 28 de enero de 2000).

En cuanto a su plazo, la interpretación jurisprudencial es la de aplicarle el plazo de cinco años por ser acción personal (Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil) y no el plazo de un año previsto para casos de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración e independencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios, por fundarse esta en la culpa y la del enriquecimiento sin causa en el desplazamiento patrimonial injustificado (STS de 25 de febrero de 2000). Al respecto recordar (Vicente González, 2005, p. 420 y Rebollo Puig, 1995, p. 254) la STS de 7 de diciembre de 1999, que

no cabe extender, como pretende la Junta de Andalucía, el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración a todo supuesto que no sea encuadrable en el régimen de los contratos. En algunas sentencias hemos apuntado ya cómo el régimen de la responsabilidad contractual se aproxima al que resulta aplicable a ciertas obligaciones impuestas o aceptadas por la Administración en virtud de un acto administrativo unilateral (*v. gr.*, en el caso de las concesiones) y hemos de añadir aquí ahora que en el mundo del Derecho administrativo tienen también cabida las obligaciones nacidas de la ley con carácter ajeno a la producción de hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva o al enriquecimiento injusto, que no son otras que las obligaciones llamadas autónomas por la doctrina civilista, es decir, aquellas que surgen directamente al margen de los supuestos citados, por hechos o situaciones regulados por la ley (STS de 6 de marzo de 1991) (Coscolluela Montaner, 1977, pp. 198-199).

4. Mecanismos de protección del contratista

4.1. El enriquecimiento injusto y la intervención financiero-contable

Sobre las irregularidades contables en la contratación pública y las previsiones para evitar la corrupción que ofrece la LCSP, hoy se consagran en su artículo primero su objetivo principal y los principios generales de necesaria salvaguarda (García Ortiz, 2018, pp. 61-66 y Cubillo Rodríguez, 2008). Entre estos la actuación en el uso y abuso de fondos públicos es objeto de posibles responsabilidades contables en asuntos vinculados a la contratación pública, cuando el

precio pagado ha sido excesivo o no se ajusta al valor de mercado. Circunstancia esta cuyo elemento probatorio es complejo. Citar aquí la Sentencia 10/2005, de 17 de julio, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que resolviera que «la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia en el procedimiento de contratación no dio lugar a la existencia de responsabilidad contable, al no haberse probado que las infracciones cometidas dieran lugar a un daño a los fondos públicos, ya que los correspondientes suministros habían sido entregados a la Corporación Municipal, que los había recepcionado de conformidad y dispuesto de ellos, y habían sido destinados a una finalidad pública.

Además, a la figura del enriquecimiento injusto se refiere el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local (Sánchez Rubio, 2017), que al regular la omisión de fiscalización previa preceptiva expresamente establece la posibilidad de que se acuda a la vía de la 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, solo sería pertinente instar la revisión de oficio cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

Siendo así que para su abono al contratista deberá tramitarse un expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos. Recordar la Instrucción n.º 2/2012, de 12 de marzo, de la interventora general y de la directora de la Abogacía de las Islas Baleares sobre su tramitación cuando procedan de una contratación irregular, de manera que este expediente de enriquecimiento injusto o de reconocimiento extrajudicial es un instrumento de gasto para hacer efectiva la liquidación. Para su cálculo, recordando los dictámenes n.º 142/2002 y n.º 270/2002, de 23 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía,

el valor de las prestaciones ha de ser calculado precisamente en el momento inicial en que se produjeron los pactos, pues hay que tener presente que, por el carácter originario, estructural e insubsanable de la nulidad, la propia naturaleza de la acción restitutoria determina que el momento de dicho cálculo deba ser el del pacto. Junto a lo anterior, y como ha declarado este Consejo de forma reiterada (Dictámenes n.º 18/1998, n.º 23/1996 y n.º 48/1997), la restitución solo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado (como es el beneficio industrial que se entiende improcedente), dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato (Prada Rodríguez y Herrero González, 2015, pp. 119-126).

Y es que cuando se presenta a la Administración facturas por contratos ejecutados, sin que se haya seguido el procedimiento legal, se procederá a la emisión por el interventor de notas de reparo (Sánchez Rubio, 2017) en los términos de los artículos 214 y 215 del 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 (Sarnal Suria y González Pueyo, 2002) y del artículo 12.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril.

Estos efectos contables y de intervención a la Administración se relacionan también con el abono o no al contratista, por estar en un sistema jurídico regulado donde garantizar la estabilidad presupuestaria y control del gasto, y los principios de integridad, eficiencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Objetivos para hacer realidad que «la lógica de un derecho público garantista, moderno, vinculado al derecho a una buena administración aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido» (Gimeno Feliú, 2019 p. 3).

Así que advertida la irregularidad por el interventor, es clara la postura jurisprudencial contraria a que para que exista este enriquecimiento injusto sea necesario sujetarse a los criterios formales de contratación; si así fuera se acudiría a reclamar el cumplimiento contractual pues

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. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente resarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente (STS n.º 166/2016).

Se sigue pues hace tiempo (Torres Maroto, 2018, p. 81) una jurisprudencia que mantiene un criterio uniforme sobre el fin y objeto de la contratación pública y que hoy refiere claramente el artículo 1 de la LCSP.

Vinculado a esta idea, saber que a partir del contenido del artículo 31.2 de la CE (SSTC n.º 29/1982, de 31 de mayo, n.º 214/1989, de 21 de diciembre, n.º 13/1992, de 6 de febrero) estamos «en un entorno ciertamente claro en el que el gasto público debe estar directamente conectado con el cumplimiento del principio de eficiencia que, a estos efectos, es un trasunto legal del principio de economía constitucionalmente formulado» (García Añoveros, 1998). Desde esta perspectiva podemos señalar que lo que intenta la LCSP es proyectar la idea de eficiencia y su versión económica –la eficiencia– sobre las decisiones de gasto que supone la contratación administrativa, que solo está justificada cuando forme parte de las necesidades ineludibles de la Administración y que, además, debe estar presidida en el conjunto de decisiones alternativas que puede orientar la contratación administrativa. De esta forma podemos indicar que el principio de eficiencia se proyecta sobre el conjunto de las decisiones administrativas en materia de contratación para conseguir que la satisfacción de las necesidades se haga con la menor utilización de fondos públicos (Palomar Olmeda, 2018, pp. 20 y Cazorla Prieto, 2001, p. 743). Así que la STS n.º 1510/2018, de 17 de octubre, hiciera referencia a la obligación de respetar el principio de legalidad presupuestaria, a la vinculación del gasto con su finalidad pública y a las consecuencias de incumplir las normas, resultando que el enriquecimiento sin causa no exime de la eventual responsabilidad en que hayan incurrido las autoridades y funcionarios causantes de la irregular contratación (STS de 23 de marzo de 2015).

Resultando que extinguido que sea el contrato por su finalización o ejecución, y reconocida tal por el órgano de contratación, a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración deberá tramitarse el correspondiente reconocimiento extrajudicial de crédito, a fin de abonar el importe que proceda; previa reparación por la intervención del gasto que tal contratación irregular ha originado. La Administración no puede abusar de la exigencia de requisitos formales o de errores provocados por ella misma para denegar el reconocimiento de derechos con base en tales defectos, resultando un abuso de derecho además de un enriquecimiento injusto (STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 1999 y dictámenes n.º 1055/2009, de 4 de noviembre, y de 25 de septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Analizando el origen de esta figura recordar que afirmara Díez-Picazo que «es en este momento cuando adquiere carta de naturaleza la idea de que el fundamento de las condiciones se encuentra en la ilegitimidad del enriquecimiento» (Peña López y Busto Lago, 1997, p. 141 y Díez-Picazo, 1988, p. 84). Amén de reconocer que «ni hay a este respecto una asunción absoluta de la construcción civilista ni en todos los casos en que el Derecho administrativo aplica el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones se exigen los mismos requisitos y exactamente con el mismo significado» (Rebollo Puig, 2006, p. 11).

Prohibición del enriquecimiento injusto que legitima el derecho del contratista a que le sean abonadas las prestaciones realmente realizadas, con el preciso matiz que su ejecución, al margen de las prestaciones pactadas, esté ordenada por la Administración. A su vez reconoció la STS de 26 febrero 2001, que citó las SSTs de 20 de diciembre de 1983, 24 de enero y 27 de febrero de 1984 y 20 de octubre de 1987, todas ellas mencionadas en la STS de 28 de enero de 2000, el principio que impide el enriquecimiento sin causa, que no es sino corrección al postulado de la inalterabilidad de los contratos administrativos, y que

exige para su aplicación que el exceso en la cantidad o calidad de las obras que hubiese de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes expresas o tácitas de la Administración, aunque tuviesen vicios de forma. Si no fuera así, la extensión de las obras, su posible ampliación o mejora, y el derecho a su cobro, dependerían de la exclusiva voluntad del contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por la sola voluntad de una de las partes.

4.2. Efectos de la nulidad del contrato

Los efectos y derechos del afectado en casos de enriquecimiento injusto están conectados a la declaración de nulidad de los mismos y su revisión.

Hay que comenzar con la delimitación del artículo 39 de la LCSP, que fija las causas de nulidad de derecho administrativo y su efecto de ser nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 (González, 2019 y Gallego Córcoles, 2005), como situación que enturbia la objetividad, la transparencia y la igualdad de las partes, al generar un conflicto de intereses que alientan evitar tanto la jurisprudencia europea como el derecho comunitario (Moreno Molina, 2016)⁴. Conflicto de intereses contrario a la integri-

⁴ STJUE de 6 de mayo de 2010 en el asunto Club Hotel Loutraki AE y otros contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y otros (recurso C-145/08 y C-149/08) y STJUE de 16 de diciembre 2008, en el asunto Michaniki (recurso C-213/2007).

dad en la contratación pública, como uno de los fines a preservar para erradicar las prácticas corruptas (Gimeno Feliú, 2010), y que permiten avisar de «los principales vicios del procedimiento de contratación; el clientelismo, la desigualdad de oportunidades, la falta de transparencia, la conculcación de la libre concurrencia o la ineficiencia del contrato, aparecen como fracturas de la integridad del procedimiento de contratación pública» (Fernández Mallol, 2014, p. 121).

Hay una causa de nulidad que se conecta además con la regulación electoral (Arnaldo Alcubilla y Delgado-Iribarren García-Camper, 2019), como es la prevista en el artículo 71.1 g) de la LCSP, como es estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de incompatibilidad, abordado para su tratamiento en clave de declaración de nulidad y sus efectos de enriquecimiento injusto por la JCCA (Informes n.º 52/07, de 24 de enero de 2008 y n.º 52/08, de 2 de diciembre de 2008), declarando en caso de una incompatibilidad de un concejal electo, que anteriormente ostentaba el cargo de administrador de la compañía que suministra la energía eléctrica al consistorio, que esta incompatibilidad no afecta a su validez por ser sobrevenida, pues se recibió el suministro, «razón por la cual de no abonarse su importe se produciría un enriquecimiento injusto de la misma que facultaría a la compañía suministradora para ejercitar la acción correspondiente a fin de obtener el abono de las facturas».

Nulidad que surge como efecto del ordenamiento contrario a los efectos de los actos inválidos, y por esto que

si el restablecimiento no es posible procederá el resarcimiento (tutela resarcitoria o secundaria) siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial (SSTS de 24 de julio de 1992, 28 de mayo de 1996 y 7 de abril de 2016). En rigor, si tales requisitos concurren, también cabe esta tutela secundaria junto al restablecimiento de la legalidad, pues la tutela resarcitoria constituye un sistema autónomo de protección (STS de 15 de noviembre de 2012) (Cano Campos, 2018, p. 13).

Concretando la realidad de la invalidez de los contratos con que

la primera reacción frente a la invalidez es que el contrato entre en fase de liquidación. Como consecuencia directa, las partes han de devolverse las cosas recíprocamente, esto es, las prestaciones acordadas. Pero como es habitual que no sea posible devolver la prestación ya realizada –ya sea una obra, un servicio o los bienes suministrados–, el legislador establece que, cuando no sea posible la devolución, las partes deben devolverse el valor. En la práctica, esto significará que el contratista que ha ejecutado todo el contrato o parte del contrato debe recibir la contraprestación correspondiente por los trabajos realizados. Además, si se producen daños entre las partes, la culpable debe indemnizarlos. De manera que habrá que atender a la responsabilidad de cada parte en el vicio de invalidez. Así pues, los efectos de la nulidad de los actos producidos en el marco del proce-

diminuto de adjudicación del contrato se consideran relevantes en la medida en que contagian al contrato celebrado con posterioridad (Díez Sastre, 2018, p. 72),

estando ante casos de nulidad por no constar la elaboración de los pliegos, no se incorporase la certificación de la existencia de crédito, ni la existencia de una resolución motivada aprobatoria del expediente de contratación y de disponer la apertura del procedimiento de adjudicación, se reconoció el derecho al abono de trabajos realizados (Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid n.º 199/2014, de 14 de mayo y Consejo Consultivo del Principado de Asturias, Dictamen n.º 53/2019, de 21 de febrero). Cuya finalidad expuso el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1724/2011, que puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista.

Liquidación del contrato y enriquecimiento injusto que, no obstante, obliga a resaltar la postura doctrinal y del Consejo de Estado dirigida hacia la opción, tras saber que en caso de que no sea posible la restitución se devolverá su valor (art. 42.1 LCSP), que

esto será habitual, puesto que muy posiblemente el contrato o gran parte del contrato se habrá ejecutado y será difícil que las partes se restituyan las cosas. Por esa razón, esta obligación de devolver el valor de las cosas intercambiadas contiene un deber de que la Administración abone, en su caso, la contraprestación debida por los trabajos realizados, que será la parte del precio que corresponda. Aunque en la práctica en estos casos se invoca la teoría del enriquecimiento sin causa (Dictamen del Consejo de Estado, n.º 2490/2007, de 24 de enero de 2008), no parece necesario acudir a esta construcción, en la medida en que la propia LCSP obliga a que las partes se devuelvan las cosas o, en su caso, su valor (Díez Sastre, 2018, p. 81; Baca Oneto, 2006, p. 359 y ss., y Aguado i Cudolà, 2017, pp. 245-246).

Así que cuando se proceda al abono por parte de la Administración por aquellas contraprestaciones que obtuvo mediante contratos declarados nulos

lo será en concepto de liquidación del contrato y, en su caso, de indemnización por daños y perjuicios. Tal circunstancia marca una diferencia sustancial con respecto al uso directo de la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos en la que la cuantía pagada lo es en concepto de abono del importe de la factura presentada por el contratista (Pérez López, 2019, p. 118).

Devolución que encuentra límites. A pesar de no ser siempre admisible acudir a la revisión de oficio y sí estar presente el enriquecimiento injusto.

Comenzando con la delimitación jurisprudencial de dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de

acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias») y el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes (SSTS 404/2016, de 14 de junio, 11 de enero de 2017 y 1096/2018, de 26 de junio [FD 5.º]) (López Candela, 2016), recordó el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen n.º 82/2020, de 3 de marzo) la postura del Consejo de Estado que ha validado en ocasiones la vía de la revisión de oficio (Dictamen n.º 1724/2011, de 21 de diciembre), y en otras la vía de la responsabilidad patrimonial (dictámenes n.º 363/2000, n.º 3617/2000, n.º 1842/2007, n.º 276/2008, n.º 976/2008, n.º 841/2010). Responsabilidad patrimonial que, de instarse, no debe obviar que se enmarca en una responsabilidad extracontractual, según criterio del propio Consejo de Estado (dictámenes n.º 88/2004, de 4 de marzo y n.º 1008/2008, de 11 de septiembre).

En esta última línea, en su más reciente Dictamen n.º 843/2017 el Consejo de Estado afirma:

Entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el Dictamen n.º 1.019/95, «a nada conduce –antes bien, sería una formulación artificiosa– declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro [...] (y concluye): 1.º Que no procede la revisión de oficio a que se refiere el expediente. 2.º Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a T. con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

Reiterando lo señalado la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias en multitud de Dictámenes n.º 128/2016, n.º 479/2017 y n.º 7/2018, sobre el

inadecuado modo de proceder de la Administración en estos supuestos, al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar), como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia de la normativa de aplicación,

argumentando ampliamente en el Dictamen n.º 82/2020 que este ejercicio de las facultades de revisión, de estar precedido por la circunstancia de desviación de su finalidad legal y por su constante reiteración,

resulta contrario a los «derechos de los particulares». Y no solo, como más arriba se expuso, del suministrador, sino también de los derechos de los potenciales contratistas, que no pudieron acceder al procedimiento de contratación porque no fueron llamados al mismo.

Mecanismo este de acudir a la revisión de oficio sancionada por el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen n.º 128/2016 y n.º 483/2019, de 19 de diciembre), por suponer

un «incorrecto proceder al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva) como la forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con total desprecio a la normativa de aplicación». Es así que un ejercicio tardío, por desgracia frecuente en la práctica, como comprueba el Consejo Consultivo de Canarias en el sector sanitario, por la Administración pública de sus potestades revisoras, por transcurrir un amplio periodo de tiempo desde la celebración del contrato hasta el inicio del procedimiento de revisión, permite recordar con la STS de 1 de julio de 2008 que

los límites de la revisión deben aplicarse cuando, a través del ejercicio de la acción de nulidad, se pretende reabrir el procedimiento, de forma evidentemente tardía y sin que exista justificación alguna para tan larga espera, cuando desde el momento inicial se conocía o podía conocerse la hipotética causa de nulidad ejercicio tardío de la potestad administrativa de revisión, supondría un menoscabo del principio de buena fe que ha de presidir el vínculo contractual contraído por el Ayuntamiento (Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León de 25 de septiembre de 2013) (Peña Gutiérrez, 2016).

Hay que resaltar distintas posturas reflejadas sobre el particular en la doctrina de los consejos consultivos autonómicos; aceptando unos la vía de la revisión de oficio (Dictamen n.º 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o los dictámenes n.º 46/2008 o n.º 40/2011 de La Rioja; o el Dictamen n.º 233/2016 de Castilla-La Mancha), considerándola errónea otros (dictámenes n.º 93/2012, de 3 de octubre; n.º 109 y n.º 110 de 2012, n.º 57/2014, n.º 62 y n.º 64/2017, n.º 23 y n.º 37/2018, y n.º 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares); o validando fórmulas alternativas (Dictámenes n.º 178/2009, de 11 de junio y n.º 191/2015, de 18 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña).

Para servicios prestados sin cobertura contractual, por estar ante una contratación verbal prohibida, salvo para la contratación de emergencia, resulta que por los servicios prestados,

las cantidades abonadas no han de ser devueltas pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto. Ahora bien de pretenderse por la Administración reconocer al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, descontando el beneficio industrial, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n.º 199/2020, de 25 de marzo, «en principio, 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 el contrato nulo, no produce 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 (en este caso el 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 solo los mismos) soportados por quien la efectuó. Ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (Dictamen n.º 2/1995), que "no solo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad [...]". Así, este Órgano Consultivo ha señalado en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. En esta dirección el Consejo ha insistido en que resulta improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento. Solo 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».

En definitiva, una postura favorable a la declaración de nulidad de la contratación procediendo el abono de las facturas presentadas por el contratista, descontando el beneficio industrial. Esta es la postura que se mantuvo en sus dictámenes n.º 405/2016 y n.º 174/2020, de 12 de marzo, al reconocer al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, descontando el «beneficio industrial».

Mientras que por contra sí se incorporará este beneficio industrial por apreciarse la concurrencia de las circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, cuando la empresa concesionaria del servicio mostrara su conformidad con las obras efectuadas. Fue este el parecer del Dictamen n.º 710/2019, de 30 de octubre, del Consejo de Consultivo de Andalucía ante un acto de ejecución de unidades de obras que diferían de las fijadas en el proyecto técnico de la obra. Pues en este caso en que constaba que efectivamente el contratista realizó diversas obras no previstas en el proyecto, sin que se aclarase en qué consistieron tales obras, ante la duda de estar o no ante un caso de enriquecimiento injusto resolvió a pesar de que no estaba analizando si queda claro en el expediente si dichas obras fueron realizadas por cuenta propia del contratista o mediando orden al respecto por parte de la Administración contratante, al contar diversos informes técnicos sobre la valoración económica de las obras realizadas al margen del contrato, sin aclarar quién ordenó su ejecución, se consideró que constando en el expediente informe favorable a la obra ejecutada empresa concesionaria »de los distintos informes técnicos emitidos parece desprenderse que tales obras contaban con el plácet administrativo». Parece oportuno sostener cuando se proceda a fijar la liquidación por declararse nulo un contrato, no se dé por hecho que el importe a que tenga que abonar por existir un enriquecimiento injusto fuera abonar el consignado por el contratista en su factura, resultando «sensato evitar el pago, como mínimo, del importe que hubiera correspondido al denominado beneficio industrial del contratista» (Pérez López, 2019, p.121).

Abono al contratista que también procede en casos concretos de prórroga de contratos. Si ya se ha expuesto que debe reconocerse al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, se apreciará esta situación cuando al imponer la Administración la continuidad del servicio por evidentes razones de interés público al ser un servicio público vinculado estrechamente con la asistencia sanitaria, la empresa no deberá devolver, ni total ni parcialmente (beneficio industrial) los importes que se le abonaron por los servicios prestados (Dictamen n.º 637/2019, de 3 de octubre, n.º 833/2018 y n.º 158/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía). Importe a abonar que también se observa en la STS de 11 de mayo de 2004, afirmando que «la posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el quantum de tal beneficio en cada contrato», siendo necesario para el abono del beneficio industrial que concurren circunstancias que afecten tanto al concepto de interés público que concorra en el servicio objeto de la contratación, «como en la actitud mantenida por la empresa con la que se celebró el contrato» (Dictamen n.º 546/2015, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía). Esta postura hizo que se rechazara incluir el beneficio industrial cuando la empresa era conocedora de la ilegalidad de una contratación (Dictamen n.º 552/2016 del Consejo de Estado).

Beneficio industrial sobre el que fijó doctrina el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en sus dictámenes n.º 275, n.º 276 y n.º 277/2018. Doctrina que supone el criterio según el cual «la eventual improcedencia del abono exigiría un análisis completo de las circunstancias concurrentes que tampoco excluiría el de la conducta de la propia Administración, que, en cuanto sometida al principio de legalidad», añadiendo la doctrina jurisprudencial con ocasión de supuestos en los que «se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración», que «el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial» (SSTS de 2 de julio de 2004, con cita de las SSTS de 28 de octubre de 1997 y de 11 de mayo de 2004). Sigue el mismo criterio la STS de 11 de mayo de 2004 en la que también se destaca que «la formalización del contrato objeto de ampliación correspondía realizarla a la Administración y no al administrado», por lo que «es claro que esa inactuación de la Administración no [...] puede ocasionar perjuicio al contratista, que se ha limitado a cumplir y a satisfacción de la Administración las órdenes de ejecución que esta le había formulado».

En fin, que la estimación o no de la existencia de un enriquecimiento injusto irá más allá de la mera devolución del coste de lo suministrado. Perfilando el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen n.º 82/2020, de 3 de marzo) que «la aplicación del principio de plena indemnidad debe extender la reparación a cualquier daño añadido imputable a la actuación irregular de la Administración», para concluir que la revisión de oficio puede atentar contra el derecho del suministrador a la percepción, también, de los intereses moratorios generados por la irregular actuación y el consiguiente retraso en el pago, supuesto en que el ejercicio de la facultad revisora resultaría contrario a los derechos del contratista.

Se reitera como dato clave en el enriquecimiento injusto la existencia de la orden recibida por el contratista, siendo las consecuencias de su incumplimiento elemento de juicio de la JCCA (Informe n.º 50/2004, de 12 de noviembre) (Pleite Guadamillas y Moreno Molina, 2011), la indemnización de daños y perjuicios que deberá exigirse por el incumplimiento. Por estas razones que la ausencia de orden de la Administración justificó la postura de las SSTS de 28 de enero de 2000 y de 15 de junio de 2016, para la que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes, y así que «ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización)», resultando no ser viable la aplicación del enriquecimiento injusto por el contratista en estos casos. Criterio mantenido también por el Consejo Consultivo de Castilla y León (Dictámenes n.º 86/2011, de 26 de marzo; n.º 352/2012, de 12 de julio; n.º 761/2013, de 31 de octubre, y n.º 107/2015, de 9 de abril) que recordara la naturaleza de los pliegos de cláusulas, resaltando ser «ley del contrato» y expresión del principio de libertad de pactos (Consejo Consultivo de Castilla La-Mancha, Dictámenes n.º 127/2005, de 14 de septiembre y n.º 177/2005, de 14 de diciembre y los dictámenes n.º 258/2015, de 15 de abril y n.º 650/2014, del Consejo Consultivo de Andalucía) y sin perjuicio se señalar

la única excepción al «contractus lex» y al régimen de cláusulas ilegales que está en los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos generadores del contrato, respecto de los cuales la Administración podrá bien anularlos de oficio, con la consiguiente declaración de nulidad del contrato, bien tener por no puestas aquellas cláusulas que sean motivo de nulidad (Ariño Ortiz, 2007, p. 89).

5. Conclusiones

La actuación de los poderes públicos en cualquier actividad y en particular cuando el uso de fondos de públicos es inmediato, como es en la contratación pública, precisa estar siempre cubierta por el respeto a los principios generales. Principios como la transparencia para la lucha contra la corrupción, que no obstante

aunque no mencionado expresamente –hubiera sido políticamente incorrecto–, este ha constituido un objetivo al que han pretendido servir tanto las directivas comunitarias como las propias ocurrencias del legislador interno: principalmente, mediante la objetivación máxima de los criterios de adjudicación y el refuerzo de los sistemas procedimentales de garantía y objetividad (Santamaría Pastor, 2016, p. 98).

y el principio de buena administración mantenidos por todas las instancias jurisdiccionales nacionales y europeas (SSTJUE de 12 de mayo de 2010 [caso T-432/05] o de 12 de junio de 2014 [caso T286/09]) (Ponce Solé, 2016).

Requisitos para apreciar una situación de injusto enriquecimiento son el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial, y el correlativo empobrecimiento de la otra parte, además de la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial (Dictamen n.º 122/2019, de 3 de mayo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y SSTS de 25 de noviembre de 2011 y de 23 de julio de 2010).

Siendo cierto que «el contrato administrativo supone la inicial utilización por la Administración de medios jurídicos privados para la consecución de fines públicos» (Garrido Falla, 1952, p. 34), estando su libertad de pactos matizada, al tener que contratar la Administración con quien debe no con quien quiere (STS 20 de diciembre de 2007), al velar por el interés público, por esto que la especialidad de este tipo de contrato público se configure por un especial *rígior iuris*, un régimen exorbitante del derecho común (Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen n.º 51/2010, de 27 de enero).

Por esto que ejecutado el objeto del contrato ajeno al procedimiento previsto marcado y cuando se compruebe que no fueran prestaciones realizadas por él de manera unilateral, sino resultado de instrucciones recibidas de la Administración, se encuentra esta obligada frente al contratista al abono por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento sin causa injusto, a pesar del reparo de la Intervención y sin perjuicio de las responsabilidades a exigir a las autoridades o funcionarios (SSTS de 3 de noviembre de 1980, 12 de junio de 1984, 6 de abril de 1987, 19 de noviembre de 1992 y 2 octubre de 2006).

En definitiva, la ejecución de los contratos públicos queda configurada hacia la realidad del interés general, para cuya efectividad el contratista se mueve entre la seguridad jurídica y las facultades discrecionales, junto a las prerrogativas de la Administración en un marco de escrupuloso respeto a la legalidad. Para que esta realidad se materialice es básico que en la ejecución de las prestaciones los poderes públicos satisfagan sus reclamaciones, amén de velar por la adecuada tramitación del procedimiento, con especial énfasis en la preparación y seguimiento del mismo.

Referencias bibliográficas

Aguado i Cudolà, V. (2017). Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*. INAP.

Alonso García, R. (2009). Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). *Cuadernos de Derecho Público*, 38, INAP.

- Ariño Ortiz, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 172.
- Arnaldo Alcubilla, E. y Delgado-Iribarren García-Camper, M. (2019). *Código Electoral*. (9.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- Avezuela Cárcel, J. (2005). Los principios generales de la contratación pública. *Revista Española de la Función Consultiva*, 3.
- Baca Oneto, V. S. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Thomson-Civitas.
- Bernal Blay, M. Á. (2011). El principio de objetividad en la contratación pública. *Documentación Administrativa*, 289.
- Blanquer Criado, D. (2010). *Derecho Administrativo*, tomo 1. Tirant lo Blanch.
- Calatayud Prats, I. (2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. *Revista General de Derecho Administrativo*, 44.
- Cano Campos, T. (2018). Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo. *Documentación Administrativa*, nueva época, 5.
- Cazorla Prieto, L. M. (2001). *Comentarios a la Constitución*. (3.ª ed.). Civitas.
- Coscolluela Montaner, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 84.
- Cubillo Rodríguez, C. (2008). La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público. *Revista Española de Control Externo*, 30.
- Delgado Echeverría, J. (1993). Comentario del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. S. Cordech (Dir.). (2.ª ed.), tomo II.
- Díaz Vales, F. (2008). La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 1, 15-44.
- Díez Sastre, S. (2018). Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, nueva época, n.º 5.
- Díez-Picazo, L. (1988). La doctrina del enriquecimiento injustificado. En M. de la Cámara y L. Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Civitas.
- Fernández Mallol, A. L. (2014). La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno. *Realia*, 2.
- Fernández-Figueroa Guerrero, F. (2012). El factum principis en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los Dictámenes 31/92 de 13-2-92 y 632/94 de 19-5-94. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465>.
- Gallego Córcoles, I. (2005). Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I) y Prohibiciones de contratar. El régimen de incompatibilidades (II). *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, 40 y 41.
- García Añoveros, J. (1998). Una nueva ley general tributaria: problemas constitucionales. En P. Kirchhof et al., *Garantías constitucionales del contribuyente*. Tirant lo Blanch.
- García de Enterría, E. (1950). Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 2.

- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 41.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*. (4.ª ed.). Civitas.
- García Ortiz, F. (2018). El Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la contratación del Sector Público: su ámbito de competencia. En J. M. Suárez Robledano (Dir.), *La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas*. Tribunal de Cuentas.
- García Vicente, J. R. (2001). La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: En particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su diez a quo de ejercicio. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 15.
- García-Trevijano Garnica, E. (1996). *La resolución del contrato administrativo de obra*. Montecorvo.
- Garrido Falla, F. (1952). Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, 7.
- Gimeno Feliú, J. M. (2010). La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 147.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). El control de la ejecución de los contratos de colaboración público-privada como elemento determinante de una nueva gobernanza. En *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona y ESADE (Universidad Ramón Llull).
- Gimeno Feliú, J. M. (2019). Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, 9.
- González, J. (2019). <https://www.globalpoliticsandlaw.net/2019/10/07/prohibiciones-para-contratar-en-la-lcsp/>
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2004). El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales. En *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. (2.ª ed.). Civitas.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2016). La Unión Europea y el Estado Social. *Revista de Administración Pública*, 200.
- Huergo Lora, A. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, nueva época, 4.
- López Candela, J. (2016). El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. *Revista de Derecho Local*, 39.
- Martínez Fernández, J. M. (2017). Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor. *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley, 18089.
- Moreno Molina, J. A. (2000). La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos. *Revista de Administración Pública*, 151.
- Moreno Molina, J. A. (2008). Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Jurídica de Navarra*, 45.
- Moreno Molina, J. A. (2015). *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartridge Books Oxford.

- Moreno Molina, J. A. (2016). *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación Pública*. El Consultor de los Ayuntamientos - Jurisprudencia.
- Martínez Marín, A. (1990). *El buen funcionamiento de los servicios públicos. Los principios de continuidad y regularidad*. Tecnos.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1959). La institución contractual en el Derecho Administrativo: En torno al problema de la igualdad de las partes. *Revista de Administración Pública*, 29.
- Mestre Delgado, J. F. (1985). La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 47.
- Palomar Olmeda, A. (2018). Una nueva normativa contractual pública: un fin en sí mismo o un paso para el cambio. *Revista Española de Control Externo*, XX(60).
- Parada Vázquez, R. (2019). *Derecho Administrativo. II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa*. (24.^a ed.). Dykinson.
- Peña Gutiérrez, M. R. de la (2016). Revisión de oficio y declaración de lesividad: peculiaridades de la tramitación en el ámbito local. En C. Campos Acuña, (Coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*. Wolters Kluwer.
- Peña López, F. y Busto Lago, J. M. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1.
- Pendás García, B. (Coord.). (1995). *Derecho de los contratos públicos*. Praxis.
- 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 UNED*, 25.
- Pleite Guadamillas, F. y Moreno Molina, J. A. (2011). *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático*. La Ley.
- Ponce Solé, J. (2016). Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno. *VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas*. Madrid, del 3 al 5 de octubre.
- Prada Rodríguez, A. y Herrero González, E. (2015). Reconocimiento extrajudicial de crédito. *Auditoría Pública*, 66.
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento de la Administración Pública*. Marcial Pons.
- Rebollo Puig, M. (2006). Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo. *Cuadernos de Derecho Local*, 12.
- Rebollo Puig M. (2002). Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa. *Documentación Administrativa*, 263-264.
- Sánchez Rubio, F. J. (2017). Aspectos más importantes en la aplicación del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. *Revista CEMCI*, 36.
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). Contratos del Sector Público y Derecho de la Unión. *Revista de Administración Pública*, 200.
- Sarnal Suria, S. y González Pueyo, J. (2002). *Manual de Presupuestos y contabilidad de las Corporaciones Locales*. El Consultor.
- Torno Más, J. (2016). La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59.



Torres Maroto, M. A. (2018). La contratación irregular en el Sector Público como supuesto de responsabilidad contable. En J. M. Suárez Robledano (Dir.), *La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas*. Tribunal de Cuentas.

Vendrell Cervantes, C. (2012). La acción de enriquecimiento injustificado por intromi-

sión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III.

Vicente González, J. L. de (2005). Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local. *Revista de Administración Pública*, 168.