



## La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?

**Eva M.<sup>a</sup> Menéndez Sebastián**

*Catedrática de Derecho Administrativo.*

*Universidad de Oviedo*

*Vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

### Extracto

La Administración recurre a procedimientos de revisión de oficio, en el mejor de los casos, o al reconocimiento extrajudicial de créditos, con la finalidad de abonar las facturas presentadas por supuestos «contratistas» con los que ha concertado prórrogas ilegales de contratos anteriores o contratación verbal de nuevas prestaciones. Se trata de analizar cuál de las opciones es la legalmente correcta y a qué figura responde el pago a que alude el artículo 42 de la Ley de Contratos del Sector Público.

**Palabras clave:** contratación irregular; revisión de oficio; límites a la potestad de revisión.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

**Cómo citar:** Menéndez Sebastián, E. M.<sup>a</sup> (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?. *Revista CEFLegal*, 232, 81-118.



# Irregular verbal contracting. New solutions to old problems?

Eva M.<sup>a</sup> Menéndez Sebastián

## Abstract

The Administration resorts to ex officio review procedures, in the best of cases, or to the extrajudicial recognition of credits, in order to pay the invoices presented by alleged «contractors» with whom it has arranged illegal extensions of previous contracts or verbal contracting of new features. The aim is to analyze which of the options is the legally correct one and to which figure the payment referred to in article 42 of the Public Sector Contract Law 9/2017 of November 8.

**Keywords:** irregular contracting; ex officio review; limits to the power of review.

**Citation:** Menéndez Sebastián, E. M.<sup>a</sup> (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?. *Revista CEFLegal*, 232, 81-118.





## Sumario

1. Planteamiento
  2. Estado de la cuestión
  3. Marco normativo
    - 3.1. La regulación hecha desde la perspectiva contractual
    - 3.2. El prisma adoptado por la normativa presupuestaria
    - 3.3. La cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de autoridades y empleados públicos
    - 3.4. La regulación de las instituciones clásicas presentes en el tema: la LPACAP
  4. ¿Cuál es el fundamento real del pago al contratista por la prestación realizada?
  5. Conclusión
- Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se incardina dentro del Programa de ayudas a grupos de investigación (Grupo: Servicios Públicos, Administraciones y Garantías) Ref. IDI/2018/000219.

## 1. Planteamiento

En un momento como el actual, en que uno de los pilares de la contratación pública es la transparencia<sup>1</sup> –entendida esta desde diversas perspectivas–<sup>2</sup>, sorprende encontrar que las Administraciones públicas sigan obviando de manera burda y grosera no solo la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), sino los principios más básicos de la contratación pública y sigan concertando prórrogas tácitas e ilegales, contratos verbales sin ser supuestos de emergencia, etc. Digo que sigan, pues no es ni mucho menos un problema novedoso, sino una práctica clásica, a pesar de lo cual, a mi juicio, el tratamiento dado a la misma carece de la claridad y consistencia deseada.

En este trabajo se persigue llevar a cabo un estudio de este problema que, por lo demás, puede encontrarse sin mayor esfuerzo en multitud de dictámenes de los órganos consultivos –lo que avala su actualidad–<sup>3</sup>, desde una perspectiva clásica, es decir, acudiendo a las instituciones y conceptos más arraigados en nuestra disciplina, con la finalidad de hallar en los mismos las claves esenciales para dar respuesta a una cuestión que, como esta, a mi juicio, adolece de ciertas incoherencias y está rodeada de dudas sin resolver.

<sup>1</sup> Se trata de un tema de máxima actualidad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que ha dedicado importantes denuedos al tema, por ejemplo, Martínez Fernández (2016).

<sup>2</sup> Recuérdese que para el TJUE no se trata solo de la publicación de las licitaciones y resto de información relevante al respecto, sino de la necesaria claridad de los pliegos, como así lo ha afirmado, entre otras, en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Comisión contra Reino de España, T-402/06 (ECLI:EU:T:2013:445); así sostiene en la misma que:

El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 111).

<sup>3</sup> Valgan de ejemplo los dictámenes del Consejo de Estado núms. 1724/2011, 1312/2015, 378/2016, 379/2016, 506/2017 o 843/2017, entre muchos otros.

Y es que, aunque pudiera parecer, como se expone a continuación, que hay ciertas novedades en la cuestión, a mi juicio, más que haberse introducido innovaciones significativas en esta figura, lo que se está produciendo es un cambio de enfoque, especialmente desde la perspectiva de las propias Administraciones, que lejos de invocar la nulidad de esa contratación para no hacer frente al pago de las pretensiones del contratista, acuden a su revisión con la finalidad de hallar la vía marcada por el ordenamiento e indicada tanto por los órganos de fiscalización como consultivos, para satisfacer las mismas –muy probablemente, cuando a dicha finalidad se ponen trabas desde la intervención–, o, incluso, a otros procedimientos, como el reconocimiento extrajudicial de créditos, confundiendo en más de una ocasión lo que es la declaración de nulidad del acto con el modo en que pueda hacerse efectivo el pago.

De todas las posibles irregularidades que se producen en la contratación y que dan o pueden dar lugar a la nulidad de la misma, este estudio se centra en aquellos supuestos en que se encarga o «contratan» determinadas prestaciones, de hacer, de resultados, de entrega de bienes, es decir, el objeto propio de las diversas modalidades contractuales de la LCSP. No obstante, en muchos de los casos se articulan como prórrogas tácitas e ilegales de contratos previos<sup>4</sup>, lo que no tiene por qué afectar necesariamente en el resultado, puesto que si dichas prórrogas no están permitidas por la ley, lo que corresponde es una nueva adjudicación, de tal modo que el procedimiento que se omite es ese, es decir, la nueva contratación que debería haberse efectuado conforme a la normativa aplicable en ese momento y no la aplicable al contrato supuestamente prorrogado<sup>5</sup>. A este respecto cabe tener en cuenta además lo dicho por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que sí ha venido aceptando en determinados casos excepcionales contratos puente<sup>6</sup>. En concreto, deja claro que los supuestos en que cabe aplicar el artículo 29.4 la continuidad en la prestación no viene articulada a través de un contrato menor, sino que se trata de una prórroga permitida solo en determinados casos por la propia norma; mientras que admite que en casos muy excepcionales, y siempre que la naturaleza del servicio público lo justifique, se acuda al contrato menor puente cuando no sea de aplicación el artículo 29.4<sup>7</sup>. Y sin olvidar aquellos casos en que puede haber una modificación pero no se sigue el procedimien-

<sup>4</sup> A este problema concreto se ha dedicado el trabajo de Aguado i Cudolà (2017), del que destaca su conclusión en cuanto a la necesidad de hallar el equilibrio entre la necesidad de erradicar prácticas irregulares, al mismo tiempo que prever compensaciones a los contratistas que de buen fe se ven compelidos a continuar prestando el servicio en virtud del deber de colaboración con la Administración pública, deber al que alude también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2004, recurso de casación núm. 2000/1999.

<sup>5</sup> Esta diferenciación puede encontrarse en diversos dictámenes, como los del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núms. 51/2019 o 53/2019.

<sup>6</sup> A este respecto véanse los informes emitidos en los expedientes 73/18 y 86/18.

<sup>7</sup> En relación con los llamados contratos puente –vía procedimiento supersimplificado– hay que atender también a lo dicho por la JCCP del Estado en el expediente 86/18.

to establecido para tales casos, sino que se hace forma verbal incurriendo, por ello, en la causa de nulidad del artículo 47.1 e) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)<sup>8</sup>.

## 2. Estado de la cuestión

En primer lugar, es preciso partir del artículo 37.1 de la LCSP, es decir, de aquel que prohíbe, salvo en supuestos de emergencia, la contratación verbal, tal y como hacían sus predecesores. Una vez que el punto de partida es claro, el tema adquiere matices y presenta aristas que hacen ciertamente complicada la cuestión.

Y es que en los últimos tiempos asistimos a una revitalización de esta cuestión, que para nada es novedosa, sino que despierta los clásicos debates a los que se lleva asistiendo desde las primeras regulaciones de la contratación pública. Además, a mi juicio, se trata de un tema de suma relevancia doctrinal, dado que tiene la virtud de que en él confluyen instituciones básicas de nuestra disciplina, como la invalidez, las causas de nulidad o anulabilidad, la potestad de revisión y sus límites, la prohibición del enriquecimiento injusto, la contratación pública o la responsabilidad patrimonial, entre otros.

Sin embargo, como ya se ha apuntado brevemente, lo novedoso no es que la Administración fraudulentamente acuda a la contratación verbal, ni que de la misma se deriven efectos –de uno u otro tipo– incluso cuando el contrato se declare nulo –aspectos a los que ya la jurisprudencia y doctrina dedicaron desde el siglo pasado importantes esfuerzos–<sup>9</sup>, sino que lo que en los últimos tiempos se está produciendo es un importante afloramiento de supuestos en que es la propia Administración contratante la que recurre a diversas figuras: revisión de oficio, reconocimiento extrajudicial de créditos o convalidación, por ejemplo, con la finalidad de pagar al contratista por las prestaciones realizadas o los bienes entregados, en una especie de depuración de sus propios actos fraudulentos.

Sin duda, uno de los principales debates que se están produciendo en estos momentos, especialmente en el ámbito local, es el del modo de sanear esas «facturas en el cajón»<sup>10</sup> que responden a la contratación verbal, en diversos grados y circunstancias, proscrita por la normativa de contratación.

<sup>8</sup> Es el caso analizado en el Dictamen 43/2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

<sup>9</sup> A este respecto, cabe destacar el trabajo del profesor Rebollo Puig (1995, pp. 339 y ss.) y la jurisprudencia que exhaustivamente estudia en el mismo.

<sup>10</sup> Como lo calificara Arias Rodríguez, A. (2016). «Las facturas en el cajón». Recuperado el 26 de febrero de 2019 de <https://fiscalizacion.es>.

Sin embargo, ni esa prohibición general de contratación verbal es reciente, valga remontrarse al Reglamento General de Contratación de 1967<sup>11</sup> o el de 1975<sup>12</sup>, ni los mecanismos legales para depurarla son nuevos, al contrario, se trata, como seguidamente expondré, de instituciones clásicas del derecho administrativo.

Lo que quizás pueda ser más novedoso es que sea la propia Administración la que recurra a ellas con la finalidad de satisfacer lo que el contratista le reclama, o la dudosa regulación que se contiene en 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<sup>13</sup>, que si bien en cierto modo está tomada de las previsiones ya contenidas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) y el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, introduce respecto a dichas normas ciertas previsiones que, a mi juicio, vienen a enturbiar –aún en mayor medida– una cuestión farragosa y llena de matices que la hacen ciertamente compleja.

Precisamente, la falta de claridad y unanimidad en la propia calificación y tratamiento de la cuestión lleva a que no todas las Administraciones reaccionen de igual modo ante estos supuestos, así, acuden a diversas vías para hacer efectivo el pago. Tampoco la postura

<sup>11</sup> Con el problema en este caso de la falta de sustento legal en la Ley de Contratos del Estado (Texto refundido aprobado mediante el Decreto 923/1965, de 8 de abril), que nada decía al respecto.

<sup>12</sup> En particular, los artículos 47, tanto del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, como del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, contenían previsiones prácticamente idénticas a lo establecido en la actualidad en el artículo 42 de la LCSP, con la única salvedad de que los citados reglamentos se refieren a la «anulación» y el vigente precepto de la LCSP a la «declaración de nulidad», lo que sin embargo no supone en puridad consecuencias diferentes, puesto que la mención en los primeros a la «anulación» se refiere a causas de nulidad y anulabilidad previamente establecidas, y la redacción actual, si bien en primer lugar se ciñe a la nulidad, en el apartado 4 del mismo precepto permite que dichos efectos se establezcan en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es decir, a aquellos actos que adolecen de vicios de anulabilidad, extendiendo, por tanto, a ellos también las posibles consecuencias de la anulación por una u otra vía.

<sup>13</sup> «Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de estas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone».

de los órganos consultivos es única –al menos, en algunos aspectos– e, incluso, el propio Consejo de Estado ha fluctuado en cuanto a esta cuestión<sup>14</sup>.

Precisamente porque, como he venido anunciando, no estamos ante situaciones novedosas ni siquiera ante un cambio normativo sustancial –por lo que al fondo de la cuestión se refiere–, sino ante una reacción particular –e incluso paradójica– de las Administraciones frente a un clásico problema, hay que considerar que la solución tampoco ha de ser innovadora, sino que es preciso, como casi siempre, acudir a las clásicas instituciones de nuestra disciplina para determinar el fondo del asunto y vislumbrar las posibles soluciones.

### 3. Marco normativo

Para tratar de comprender en toda su extensión este fenómeno y sus consecuencias, es preciso comenzar por exponer las diversas normas con incidencia en la materia. Por ello, con anterioridad a llegar a la exposición de esas diversas figuras y analizar cuál o cuáles de ellas encajan mejor en los distintos supuestos que pueden plantearse o pueden dar una solución más afinada, es preciso exponer el marco normativo que resulta, a mi juicio, imprescindible tener en cuenta, pues son diversas las normas con incidencia en el tema, que a su vez lo hacen desde prismas variados. Sin ánimo exhaustivo, basta indicar, al menos, cuatro perspectivas: la contractual, la presupuestaria, la visión ofrecida desde la responsabilidad de autoridades y empleados públicos y, finalmente, la propia de la teoría de las nulidades y la potestad de revisión.

#### 3.1. La regulación hecha desde la perspectiva contractual

Así, en primer lugar, es preciso acudir a diversos preceptos de 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, en particular, al artículo 37.1 que proscribe la contratación verbal con carácter general, la cual queda reducida a los supuestos en que pueda proceder por razones de emergencia, según lo establecido en el artículo 120.1, es decir, cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastró-

---

<sup>14</sup> Así, si bien es cierto que desde el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre de 2011, viene entendiendo que es necesario instar la revisión de oficio y que el pago no encaja en la responsabilidad patrimonial, no lo es menos que en el núm. 843/2017, de 20 de diciembre de 2017, concluye que en el caso concreto no procede la revisión de oficio, pero determina la indemnización que corresponde abonar a la empresa por la prestación realizada, de la que descuenta el beneficio industrial por entender que concurre mala fe en la actuación de la misma, actualizada –eso sí– con el interés legal del dinero.

ficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. Fuera de esos supuestos la Administración no puede contratar de forma verbal.

Pero, de otro lado, es preciso tener en cuenta también la regulación de la invalidez de los contratos que la norma establece, la cual, como bien ha indicado la mejor doctrina, es asistemática, confusa y parcial (Cano Campos, 2018, pp. 103-104). Y es que, sin ánimo exhaustivo, cabe recordar las incongruencias que dicho régimen contiene incluso respecto a su ámbito subjetivo, pues el artículo 38, referente a los supuestos de invalidez, se circunscribe a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los subvencionados, mientras que el artículo 41, encargado de la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos, extiende aún más el ámbito de aplicación subjetivo de la misma, al establecer que a los exclusivos efectos de dicha ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la misma norma, remitiendo la revisión de oficio de dichos actos a lo establecido en el artículo 41.1 y, por ende, al capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De igual modo el artículo 321.5 de la LCSP prevé la impugnación en vía administrativa, no sin ciertas dudas, respecto a las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores<sup>15</sup>.

Sin duda, esta previsión –sin precedentes–, es un paso decidido hacia la unidad de jurisdicción y régimen jurídico de estos actos preparatorios<sup>16</sup>, que llegan a considerarse «administrativos» aun cuando aplicando las reglas generales y básicas del derecho administrativo no lo serían; me refiero a la preparación y adjudicación de los contratos celebrados por entidades del sector público que carecen de la consideración de Administración pública, pues, si no fuera por esta previsión expresa y novedosa, esos actos nunca serían administrativos. Esta ampliación, que va en consonancia con lo que la mejor doctrina ha dado en llamar «retorno del derecho administrativo» (Cano Campos, 2018, pp. 103-104), y que no se encontraba en el anteproyecto de ley presentado a dictamen del Consejo de

<sup>15</sup> Digo que no sin ciertas dificultades, dado que, en concreto, dicho precepto dice que «se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria», lo que no siempre es sencillo de determinar e, incluso, puede ser variable, como bien ha indicado Boto Álvarez (2017 y 2018).

<sup>16</sup> Una tendencia que viene desde hace tiempo abriéndose camino; véase a este respecto Menéndez Sebastián (2002).

Estado<sup>17</sup>, constituye una tendencia que se ve ratificada también en la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores<sup>18</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que probablemente debido a que no era una previsión propia del anteproyecto de LCSP, no se extendió a los artículos 38, 39 y 40, pues, como ya se ha indicado, los mismos, en cuanto a las causas de nulidad y anulabilidad, se refieren únicamente a los actos de los poderes adjudicadores, no así al del resto de entidades del sector público, como sí hace el artículo 41. No obstante, como bien ha venido señalando algún autor, lo lógico es considerar que ese régimen de invalidez les es igualmente aplicable, o acaso ¿un contrato verbal de una de esas entidades, sin que concurra la emergencia, no sería igualmente nulo? Cuestión distinta es que, como resulta evidente, dado que la regulación de los actos preparatorios y de adjudicación no es similar en la propia ley para los contratos de los distintos entes a que se aplica la misma, el canon o parámetro de validez no será igual en todos los casos (Cano Campos, 2018, p. 105).

Dentro de la regulación contenida en los artículos 38 a 43, es decir, los dedicados al régimen de invalidez de los contratos, interesa ahora destacar una cuestión que, a mi juicio, debe tenerse en cuenta porque de ello derivarán consecuencias importantes, al menos, desde los planteamientos que aquí se harán, me refiero a que el artículo 41, relativo a la revisión de oficio, se refiere a los actos preparatorios y de adjudicación, es decir, a los denominados –siguiendo a la doctrina francesa– «actos separables», y que en consonancia con ello el artículo 42.1 regula los efectos de la declaración de nulidad y los efectos en supuestos de anulabilidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, si bien en el apartado segundo establece que la nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

Una especial atención merece el artículo 42 al que he hecho referencia, pues, a mi juicio, en él residen las claves principales para determinar las consecuencias de la anulación de un contrato verbal y, en consecuencia, analizar bajo qué figura se amparan esos resultados.

Precisamente con ese mismo propósito, entiendo oportuno recordar la regulación que a este respecto hacía el TRLCSP, pues el mismo contenía una previsión –hoy suprimida– muy reveladora. De ahí que proceda, a continuación, a exponer brevemente ambas regulaciones.

Así, el artículo 42 de la nueva ley –como ya hacía el artículo 35.1 del texto de 2011–<sup>19</sup>, precisa que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adju-

<sup>17</sup> Véase al respecto lo dicho por el citado órgano consultivo en su Dictamen 116/2015, de 10 de marzo de 2016, respecto al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>18</sup> Tal y como se prevé en el artículo 27.1 d) de la LCSP.

<sup>19</sup> Por su parte el artículo 38 del TRLCSP, respecto a las causas de nulidad especiales previstas en el artículo 37, partía en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los establecidos en el artículo 35, pero,

dicación<sup>20</sup>, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverá su valor, y que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido<sup>21</sup>.

Por otro lado, en el apartado 3 del citado precepto se matiza que si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Por tanto, en este caso el legislador no solo especifica los efectos o consecuencias de la declaración de nulidad –algo que no se prevé con carácter general en la LPACAP–, sino

---

no obstante, en el apartado segundo hacía una precisión digna de mención especial, pues afirmaba que el órgano competente para declarar la nulidad, sin embargo, podría no declararla y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato, si, atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurriesen, consideraba que existían razones imperiosas de interés general que lo exigiesen. A cuyos efectos mataba seguidamente que:

Solo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas mencionadas en el primer párrafo de este apartado en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar a consecuencias desproporcionadas. Asimismo, no se considerará que constituyen razones imperiosas de interés general los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad.

<sup>20</sup> A este respecto hay que tener en cuenta también, como bien ha indicado Cano Campos (2018, pp. 142-145), que la nueva LCSP, como ya se ha dicho, reconoce a efectos de la revisión de oficio como actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, cuya revisión de oficio se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 de la LCSP, la cual se remite a la LPACAP. No obstante, no debemos olvidar que el artículo 38 de la LCSP, al referirse a las causas de invalidez de los contratos, lo hace exclusivamente de aquellos celebrados por los poderes adjudicadores. De tal modo, que ello implica diferentes consecuencias según que lo que determine la nulidad sea la propia de un acto preparatorio o de adjudicación, o sea, por ejemplo, el clausulado del contrato (art. 38). Y es que en el primer supuesto se incluirían en la revisión de oficio los actos de las entidades del sector público y se llevarían a cabo de conformidad con la LPACAP, con las matizaciones propias de la LCSP, por ejemplo, en cuanto al órgano competente; mientras que si se refiere a la nulidad del contrato por su clausulado, entiendo que no se extendería a los celebrados por las entidades del sector público que no sean poder adjudicador, y además habría que atender al artículo 191.3 a) de la propia LCSP, donde exige dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente solo si hay oposición del contratista, mientras que en el resto de supuestos no sería necesario, tal y como interpreta el citado autor.

<sup>21</sup> Este es el caso del Dictamen 389/2013, de 8 de noviembre, del Consejo Consultivo de Canarias, en que además no se aprecia la vulneración del principio de confianza legítima, al haber actuado de mala fe la entidad financiera con la que contrató la Administración.

que además alude a la posibilidad de que, aun declarando nulo el contrato, se permita en esa declaración mantener temporalmente sus efectos por razón del servicio, es decir, con base en el principio de continuidad del mismo.

Vendría a ser lo que para algún autor es una declaración constitutiva por lo que a esos efectos se refiere<sup>22</sup>, además con carácter temporal y sin que ello suponga que no se anule el contrato, sino más bien que se adopten medidas para mitigar las posibles consecuencias de la misma en la prestación de los servicios públicos, hasta que la situación sea resuelta, es decir, hasta que normalmente se pueda solventar con un nuevo contrato.

Es claro, por tanto, que se trata de una modulación parcial –o más bien– temporal de los efectos propios de una anulación con base en el principio de continuidad del servicio.

Por el contrario, en el supuesto que se establecía en el artículo 38, ya mencionado, del TRLCSP, lo que se preveía era un límite a la propia potestad revisora, ya que en ese caso no se producía la declaración de nulidad, manteniendo los efectos del contrato, ya no temporalmente, sino precisamente como consecuencia de esa falta de anulación<sup>23</sup>.

Sin embargo, esta cuestión desaparece con la nueva LCSP. Y es que la misma, si bien mantiene la regulación de las causas de nulidad propias de este ámbito, se remite a la LPACAP en cuanto a la revisión de las mismas, sin que, por tanto, sea el órgano especializado (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el equivalente autonómico) el que proceda a realizarla.

Esta supresión, no obstante, conlleva algunas dudas, puestas de manifiesto ya por la doctrina, por ejemplo, respecto a la transposición que se hacía en el citado artículo 38 del TRLCSP de lo contenido al respecto en la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a cuándo se en-

<sup>22</sup> En cuanto al carácter declarativo o constitutivo de las anulaciones, véanse, entre otros, Cano Campos (2017, pp. 34 y ss.) o Baño León (2016, p. 91), quien viene a considerar que todas las sentencias que anulan un acto administrativo por razones materiales son constitutivas, con independencia de que se trate de nulidad o anulabilidad, ya que a tales efectos no hay diferencias prácticas. También cabe citar el estudio que al respecto ha llevado a cabo Tardío Pato (2017, pp. 200-203), en particular en cuanto al análisis de los argumentos jurisprudenciales.

<sup>23</sup> Aunque lo cierto es que literalmente decía que «podrá no declararla y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato», cuando de no declararse la nulidad, en puridad, no es que fuera necesario acordar el mantenimiento de los efectos, sino que va de suyo que seguiría produciéndolos. Hay que reparar también en que se configuraba más bien como una posibilidad en manos del órgano, que resolvía que era un límite impuesto desde fuera a la Administración a la hora de ejercitar la potestad de revisión. Ahora bien, no debe perderse de vista que se trataba de un supuesto muy particular, en concreto, la revisión vendría instada a través de la acción de nulidad del artículo 39 del TRLCSP, no de oficio por la Administración. Además el órgano encargado de resolverla y, en consecuencia, de valorar si no lo hace en aplicación de dicha excepción, era el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el equivalente autonómico.

tiende que hay «grave trastorno al servicio público», o por lo que respecta a la posibilidad de imponer sanciones alternativas a las que alude la norma comunitaria<sup>24</sup>.

Por tanto, con la nueva LCSP las previsiones, por lo que respecta a la potestad de revisión, introducen dos matizaciones en relación con las reglas generales de la anulación, suprimiendo la posibilidad existente con anterioridad de no llegar a ejercitar la misma y, por ende, manteniendo los efectos del contrato. Lo que, a mi juicio, es relevante a la hora de interpretar correctamente y desde una visión global lo contenido en el artículo 42 de la LCSP.

En particular, cabe concluir que, de igual modo que sucede en otros ámbitos –valga de ejemplo de la Ley General de Subvenciones–, el legislador, a la hora de regular la invalidez de los contratos sí concreta –aunque como se verá no sin ciertas dudas–, los posibles efectos de esa anulación, introduciendo particularidades, modulando sus efectos, tanto desde el punto de vista temporal –permitiendo, incluso, la continuidad limitada en el tiempo con base al principio de continuidad del servicio (art. 42.3)–, como respecto a la liquidación del contrato, así como las posibles indemnizaciones. Efectos que, además, como ya se ha indicado, la norma establece tanto para los casos de nulidad como de anulabilidad, pues se concreta también que los mismos podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la LJCA. Lo que, a mi juicio, es un claro ejemplo más de que la diferenciación entre los efectos *ex tunc* y *ex nunc* no se deriva directamente del tipo de vicio del que adolezca el acto anulado, sino que los mismos pueden modularse, en uno y otro caso, atendiendo a las circunstancias, al resto de intereses en juego, a una serie de principios generales de derecho, como la buena fe, la confianza legítima, la continuidad del servicio público, la prohibición de enriquecimiento injusto, y, en fin, la equidad, lo que, por otro lado, es la esencia misma de los límites de la potestad de revisión a que alude el artículo 110 de la LPACAP con carácter general.

Sin embargo, se ha mencionado la previsión contenida en el artículo 38 del TRLCSP, en cuanto a la posibilidad de no declarar la nulidad y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato –a pesar de que no se ha recogido en la LCSP, al desaparecer la acción especial de nulidad–, por su enorme interés, pues recuerda el dilema de las posibles interpretaciones del artículo 110 de la LPACAP a que se ha referido algún autor (Rebollo Puig, 2009, p. 33), por cuanto, en efecto, surge la duda de si debe entenderse que en esos casos no se declaraba la nulidad –a pesar de concurrir alguna de las causas que habilitaba para ello–, cuya principal consecuencia –apuntada por el citado autor– sería que un acto con vicios de nulidad no es igual a un acto nulo; o si por el contrario, en esos casos lo que se entiende es que era nulo igualmente pero produce efectos, es decir, que se trataba de una excepción al carácter *ex tunc* de la ineficacia de la nulidad. En todo caso, para el profesor Rebollo Puig es claro que la propia existencia del artículo 110 de la LPACAP sirve para probar la relativización de la nulidad y de la omnipotente fuerza destructiva de su ineficacia, tal y como aquí se sostiene.

<sup>24</sup> Como indica Díez Sastre (2018, pp. 592-594).

Como dije con anterioridad, aunque dicha previsión ya no se contenga en la nueva LCSP, es relevante, pues sirve para comprobar cómo la norma anterior preveía dos tipos de supuestos o límites a la potestad de revisión de un contrato inválido: aquella en que modula o limita sus efectos, así como la que parece evitar la propia anulación del mismo, lo que es relevante a efectos de discernir si la vigente ley, cuando precisa en el artículo 42 las consecuencias de la revisión y, en particular, prevé la liquidación del contrato, presupone que el mismo existe o no y, por ende, cuáles han de ser los términos en que opere esa liquidación.

Y es que se trata de un debate al que ya aludiera la doctrina a finales del siglo pasado atendiendo precisamente a la jurisprudencia entonces emitida<sup>25</sup>, pues en ciertos casos parecía buscarse, e incluso en ocasiones se hacía referencia a ello de forma más o menos directa, el pago del precio del contrato ya ejecutado, aunque hubiera sido anulado. Debate al que luego me referiré más detenidamente, pues lejos de estar superado no hay que olvidar, como dije al comienzo de este breve estudio, que se trata de un tema de actualidad con un enfoque en cierto modo particular, pues a diferencia de lo que sucedía entonces, en que eran los tribunales quienes perseguían que el contratista –que era quien acudía a ellos ante el impago por parte de la Administración– recibiera el reembolso de las prestaciones ejecutadas, es ahora en muchas ocasiones la propia Administración la que acude a la revisión de oficio con esa misma finalidad, como puede comprobarse en infinidad de dictámenes del Consejo de Estado y órganos consultivos equivalentes<sup>26</sup>, es decir, ya no es ella la que invoca la nulidad del contrato para eludir el pago de las prestaciones realizadas, sino la que busca la declaración de nulidad del mismo como paso previo a su liquidación y reembolso al contratista de lo ejecutado. Algo que por otro lado hasta tiempos recientes venían haciendo en gran medida a través del reconocimiento extrajudicial de crédito, en aquellos supuestos en que carecían del mismo y, muy probablemente, sin otro tipo de procedimiento cuando sí lo tenían.

### 3.2. El prisma adoptado por la normativa presupuestaria

Si hasta ahora se ha hecho referencia a la normativa contractual con repercusión en la materia, por más que el análisis exhaustivo de lo que debe o puede implicar la previsión del artículo 42 de la LCSP se realizará más adelante, es preciso hacer mención a otra serie

<sup>25</sup> A ello se refirió Rebollo Puig (1995).

<sup>26</sup> Como los ya citados del Consejo de Estado núms. 1724/2011, 1312/2015, 378/2016, 379/2016, 506/2017, 843/2017; los dictámenes del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núms. 7/2016, 8/2016, 9/2016, 10/2016, 11/2016, 30/2016, 31/2016, 32/2016, 33/2016, 250/2017, 10/2018, 18/2018, 21/2018, 28/2019, 29/2018, 91/2018, 98/2018, 100/2018, 115/2018, 139/2018, 178/2018, 193/018, 204/2018, 228/2018, 275/2018, 276/2018, 277/2018, 38/2019, 51/2019, 53/2019, 102/2019, 115/2019, 265/2019, 291/2019, 297/2019, 304/2019; el núm. 513/2017 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid; del Consejo Consultivo de Canarias, entre otros, los núms. 283/2010, 181/2015 o 269/2018; el núm. 730/2018 del Consejo Consultivo de Andalucía; el núm. 57/2014 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, etc.

de normas que tienen incidencia en la materia, aunque desde una perspectiva diversa. Me refiero al aspecto económico o presupuestario, que, a mi juicio, viene confundándose con cierta frecuencia con el aspecto sustancial o de fondo<sup>27</sup>, es decir, si se estamos ante una nulidad o una anulabilidad del contrato y qué consecuencias implica.

Por lo que se refiere a dicho marco normativo, cabe destacar la LGP, en particular, sus artículos 46<sup>28</sup> y 156<sup>29</sup>, el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, en concreto, el artículo 32; así como, desde el plano de las entidades locales, el TRLHL, particularmente, el artículo 173.5<sup>30</sup>, y en la misma línea el artículo 28.2 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, sin olvidar el artículo 60.2 del Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988,

<sup>27</sup> Como ya ha advertido también, a mi juicio muy acertadamente, Leiva Escudero (2019).

<sup>28</sup> El cual establece que:

Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley.

<sup>29</sup> Referente a la omisión de fiscalización y que determina que:

1. En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo.

2. En dichos supuestos, será preceptiva la emisión de un informe por parte del órgano de la Intervención General de la Administración del Estado que tenga conocimiento de dicha omisión que se remitirá a la autoridad que hubiera iniciado las actuaciones. Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, pondrá de manifiesto, como mínimo los siguientes extremos: a) Las infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran puesto de manifiesto de haber sometido el expediente a fiscalización o intervención previa en el momento oportuno. b) Las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto. c) La procedencia de la revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento. d) La existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes. Los interventores delegados darán cuenta de su informe a la Intervención General de la Administración del Estado en el momento de su emisión.

3. Corresponderá al titular del departamento al que pertenezca el órgano responsable de la tramitación del expediente o al que esté adscrito el organismo autónomo, sin que dicha competencia pueda ser objeto de delegación, acordar, en su caso, el sometimiento del asunto al Consejo de Ministros para que adopte la resolución procedente.

4. El acuerdo favorable del Consejo de Ministros no eximirá de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar.

<sup>30</sup> No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, que prevé el tan polémico reconocimiento extrajudicial de créditos<sup>31</sup>.

Las previsiones en estas normas son similares, en el sentido de que parten, en primer lugar, de que los créditos para gastos son limitativos, en segundo lugar, de que no pueden adquirirse compromisos de gasto ni obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación y, en tercer término, de que en los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en la citada normativa, donde ha adquirido una crucial importancia el informe por parte del órgano interventor.

Muy brevemente, en cuanto a estas previsiones cabe poner de relieve que son en cierto modo el precedente de la causa de nulidad expresamente establecida hoy en el artículo 39.2 b) de la LCSP, cuando se refiere a la carencia o insuficiencia de crédito, salvo los supuestos de emergencia, pues, no en vano, el citado precepto matiza que «de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley», como hacían también sus predecesoras<sup>32</sup>.

No obstante, hay que recordar que, de un lado, esa carencia o insuficiencia ha de ser originaria, es decir, debe concurrir dicha causa en el momento de contraer la obligación, en el caso aquí analizado, por tanto, cuando se hace el encargo o la contratación verbal y no cuando se pretende proceder al pago<sup>33</sup>.

De otro lado, no debe confundirse que una cosa es que no se haya procedido a la autorización o retención de crédito, y otra, que es a lo que se refieren las diversas normas indicadas que establecen esta causa de nulidad concreta, que no exista crédito suficiente, en el entendimiento de que puede hablarse de existencia de una consignación presupues-

<sup>31</sup> En concreto, establece que: «Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera».

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, el artículo 62 del TRLCSP de 2000 tipificaba como causa específica de nulidad en el ámbito contractual «la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia»; o en términos coincidentes con la norma vigente, el artículo 32 c) del TRLCSP de 2011.

<sup>33</sup> Como recuerda el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el Dictamen 51/2019 o en el 53/2019.

taria cuando se prevea en el presupuesto del año en que ha sido contraída la obligación una partida presupuestaria suficiente y especialmente prevista para su satisfacción<sup>34</sup>; en conclusión, que existiera en el momento de contraer la obligación una partida suficiente y adecuada aunque no se produjera la retención de crédito o la autorización del gasto público correspondiente<sup>35</sup>.

Asimismo, en esta normativa se prevé también el reconocimiento extrajudicial de créditos<sup>36</sup> como una excepción al carácter temporal de los presupuestos, es decir, se trata de un mecanismo presupuestario que supone una excepción al principio de anualidad presupuestaria, permitiendo imputar un gasto procedente de ejercicios anteriores, pero en absoluto, a mi juicio, puede servir para convalidar un acto que adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho, pues estos por definición no son susceptibles de subsanación.

Así, aplicado al tema aquí tratado, deberá declararse la nulidad del contrato previamente a la liquidación como exige la LCSP, no siendo necesario llevar a cabo con posterioridad un reconocimiento extrajudicial de créditos para hacer frente al pago de la obligación, no ya contractual sino la derivada *ex lege*<sup>37</sup>, puesto que en esos casos la obligación del pago

<sup>34</sup> Tal y como lo ha entendido Baca Oneto (2006, p. 196).

<sup>35</sup> Recuérdese que la tramitación ordinaria del expediente de contratación, en cumplimiento del principio de legalidad presupuestaria, requiere de un certificado de existencia de crédito (art. 116.3 LCSP) como requisito previo a la aprobación del expediente de contratación, lo que contablemente supone la preceptiva retención del crédito presupuestario por parte de la Intervención; posteriormente, la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas implica la aprobación o autorización del gasto público –fase contable A– por el importe del presupuesto máximo de licitación (art. 117.1 LCSP: «Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto», y art. 122.1 LCSP: «Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación»). Finalmente, la adjudicación del contrato requerirá de la preceptiva disposición del gasto público por el importe de adjudicación –fase contable D–.

<sup>36</sup> Artículos 26 c) y 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

<sup>37</sup> En esta misma línea de forma muy acertada se manifiesta Moreo Marroig (2018):

Al Pleno le puede corresponder la imputación al ejercicio corriente de gastos que hayan sido económicamente meritados en el ejercicio anterior, sin perjuicio de que la Administración deba llevar a cabo la tramitación de un expediente de revisión de oficio para posteriormente declarar la nulidad de los actos de adjudicación o del propio contrato, siguiendo el procedimiento y los trámites correspondientes entre los que cuenta la intervención del Consejo de Estado u órgano similar. Una vez declarado nulo el contrato este entrará en liquidación y, una vez llevada a cabo la correspondiente tasación de los daños y perjuicios sufridos por el contratista, se procederá a acordar la correspondiente indemnización.

surge a partir de ese momento<sup>38</sup>, sin que pueda, por tanto, confundirse el mecanismo meramente presupuestario y la cuestión de naturaleza sustantiva<sup>39</sup>.

Dentro de este tipo de normativa otra dificultad interpretativa de gran calado, quizás la mayor, a mi juicio, viene de la previsión contenida con cierta particularidad en el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017. Y es que debe recordarse que varias de las normas citadas establecen que en los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en la citada normativa, donde ha adquirido una crucial importancia el informe por parte del órgano interventor; sin embargo, mientras que el artículo 156 de la LGP o el artículo 32 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, fijan, entre el contenido de dicho informe, las infracciones del ordenamiento jurídico que, a su juicio, se hayan producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa, así como las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto, la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento y la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes<sup>40</sup>; el citado artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, que ha entrado en vigor el pasado 1 de julio de 2018, en cuanto al aspecto relativo a la revisión de los actos, introduce ciertos matices, incluso desconcertantes.

Me refiero a que mientras el resto de normas citadas se refieren exclusivamente a esa posibilidad, es decir, a que el informe de intervención deberá hacer un análisis de si cabe o resulta conveniente proceder a la misma –lo cual ya de por sí no deja de ser chocante en cierto modo–, el Real Decreto 424/2017 habla de la

posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de estas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones

<sup>38</sup> Lo mismo cabe decir respecto al pago facturas de un contrato ya previamente anulado, pues en tal caso no es necesario proceder a una nueva revisión de oficio, sino a aplicar los efectos que el artículo 42 de la LCSP establece, como bien ha dicho el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen 15/2020, puesto que no se revisan facturas sino contratos.

<sup>39</sup> Tal y como, a mi juicio, muy acertadamente ha dicho Leiva Escudero (2019).

<sup>40</sup> Referencia que se contiene en la LGP, no así en el Real Decreto 2188/1995.

de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

Es decir, sí resulta cuestionable que pueda hablarse de la «conveniencia» de proceder a la revisión de los actos, pues en caso de nulidad de pleno derecho la LPACAP es clara al imponer su anulación por esta vía<sup>41</sup> –cuestión distinta es que en algún supuesto pueda considerarse que el vicio es de anulabilidad–. Aún más, a mi juicio, lo es que dicha conveniencia se haga depender de las prestaciones y de los incumplimientos legales, a salvo de que, nuevamente, la duda se refiera a la concurrencia de causas de nulidad o anulabilidad.

Pero es más, lo que se infiere de dicha previsión, y con lo que –como explicaré– no puedo estar de acuerdo, es que, de un lado, en caso de proceder a la revisión del acto –decisión que parece dejar en manos del órgano interventor–, el pago al contratista se hará en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial, siendo el título de imputación el enriquecimiento injusto, y además que en caso de que el importe de la misma no sea inferior al que se propone –entiendo que por el contratista que presenta la factura–, es decir, cuando la Administración está de acuerdo con pagarla, no será necesario acudir a la revisión, por entender que por economía procesal, si el resultado es el mismo, puede prescindirse de la revisión de oficio.

Como ya he avanzado y explicaré más detenidamente, discrepo con dicho planteamiento por diversas razones, además de entender que es contrario a normas de rango superior, en particular, a la LPACAP y a la LCSP e, incluso, a las propias normas de carácter presupuestario que han sido mencionadas.

En primer lugar, no puedo compartir que la decisión de instar la revisión de oficio quede en manos del órgano interventor, pues, como ya he dicho, la LPACAP obliga a que en los casos de nulidad de pleno derecho se declare la misma, pues recuérdese que su artículo 106 habla de «declararán», lo que parece que es la imposición de una obligación<sup>42</sup>, mientras que, por ejemplo, el artículo 109 –dedicado a la revocación– utiliza la expresión «podrán revocar». Lo que de otro lado enlaza con una de las cuestiones respecto de las cuales no

<sup>41</sup> Lo que, a mi juicio, se ve reforzado con el derecho a solicitar y a que se resuelva la cuestión, al que hace mención el artículo 125.3 de la propia LPACAP, en cuanto, a la hora de regular el recurso extraordinario de revisión, precisa que el mismo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2, ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan. Es decir, la propia norma reconoce el derecho a solicitar y que se tramite y resuelva la revisión del artículo 106.

<sup>42</sup> Este carácter obligatorio fue introducido con la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tal y como bien ha explicado ya en su momento el profesor De la Quadra-Salcedo (1999, pp. 220-221), quien explica que la Ley no hace sino recoger la interpretación doctrinal y jurisprudencial imperante, que ya, a pesar de que la norma en su versión anterior utilizaba el término «podrán», venía entendiendo que se trataba de una auténtica acción de nulidad y, por ende, del carácter obligatorio.

existe unanimidad; me refiero a qué implica el carácter obligatorio de la revisión, al que sin duda alude el artículo 106 de la ley, es decir, si es suficiente con que inicie el procedimiento o implica también que si el dictamen preceptivo y vinculante es favorable a anulación, la Administración deba declararla, opción que entiendo más correcta<sup>43</sup>.

Por tanto, el órgano interventor, a mi juicio, podrá valorar si existe o no nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, si procede instar o no su revisión, pero una norma con rango reglamentario no puede otorgarle la potestad de decidir –habiendo causa de nulidad– si procede o no la revisión como si pudiera ser convalidable, pues un vicio de nulidad nunca lo es y un vicio de anulabilidad tampoco en muchos casos, pues téngase en cuenta que ha de tratarse de vicios subsanables<sup>44</sup>.

Por más que en los últimos tiempos se haya producido un importante incremento de supuestos en que se ha instado la revisión –a buen seguro a causa de los reparos de la intervención al pago, así como de las responsabilidades en que se puede incurrir–, tal y como establece la LCSP y las reglas generales en la materia –fijadas en la LPACAP–, ello no justifica que una norma y, menos aún con rango reglamentario, pretenda evitar dicho procedimiento y su consecuente declaración de nulidad cuando la Administración esté de acuerdo en pagar al contratista lo que este le reclama. Es más, siendo partidaria de la teoría que considera que cuando la Administración está de acuerdo con la anulación de un acto desfavorable instada de oficio por el interesado, puede optar también por la vía más sencilla de la revocación del artículo 109<sup>45</sup>, sin embargo, en este caso no encuentro el modo

<sup>43</sup> Siguiendo al profesor García de Enterría, quien afirmara ya en un trabajo de los años cincuenta del pasado siglo que la fundamental diferencia entre la revisión del artículo 106 y la lesividad del artículo 107 es precisamente la obligatoriedad de la primera, debe concluirse que la Administración no cumple únicamente con iniciar el procedimiento, sino que deberá anular el acto de concurrir –a juicio del órgano consultivo– alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, y no siendo aplicables al caso los límites del artículo 110.

<sup>44</sup> Así, como bien advirtiera ya García Luengo (2016, p. 190), la relación entre la convalidación o subsanación de los actos por infracciones formales y la regla del artículo 48.2 de la Ley 39/2015 (que, recuérdese, establece que el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados) es una cuestión más compleja de lo que en una primera apreciación pueda parecer.

<sup>45</sup> Y es que, frente a los actos nulos de pleno derecho cuando son desfavorables, los particulares, además de la vía de recursos –que es la ordinaria–, disponen de la excepcional de la revisión de oficio, mientras que la Administración respecto a estos actos tiene la facultad de revocación tal y como han puesto de manifiesto Rebollo Puig y Carbonell Porras (2018), p. 182. Así, a mi juicio, nada impediría que si un interesado insta la revisión de oficio del artículo 106 y la Administración está de acuerdo con ello, esta ejercite esa facultad de revocación del artículo 109, acudiendo al procedimiento más sencillo que la norma le permite, pues se trata de un tema de garantías, y cuando estamos ante un acto desfavorable –cuestión distinta sería los de doble efecto–, la propia norma permite valerse de un procedimiento mucho más simplificado y, sobre todo, prescindir de la intervención del órgano consultivo. Si bien, podría criticarse esta opción, por cuanto podría estimarse que esa intervención no solo es una garantía para el ciudadano, sino también

ni siquiera de acudir a ese procedimiento, por cuanto se está ante la anulación de actos favorables, como es la adjudicación del contrato, por más que la anulación sea empleada precisamente para pagar al contratista.

De otro lado, tampoco comparto que el pago al contratista en caso de proceder a la revisión del acto se haga en concepto de responsabilidad patrimonial, pues en este caso, a mi juicio, la figura en la que encaja ese pago, por más que pueda también basarse en la prohibición de enriquecimiento injusto, no es la de la responsabilidad<sup>46</sup>, la cual sí tiene cabida pero no en cuanto a la liquidación del contrato sino respecto a otros posibles daños, tal y como trataré de explicar con mayor detenimiento cuando analice las diversas instituciones a tener en consideración.

En conclusión, lo que parece decir dicho precepto es que en el caso de que la Administración esté de acuerdo con pagar el importe reclamado por el contratista<sup>47</sup> puede obviar la revisión de la contratación irregular, y que en el supuesto de optar por la revisión del acto –entendiendo que se hará cuando lo que pretenda pagársele sea inferior–, la cuantía vendrá determinada en concepto de responsabilidad patrimonial por el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido la prestación, indemnización que es de suponer, aunque no se diga, que se fijará en la propia resolución por la que se declare la nulidad, tal y como permite el artículo 106.4 de la LPACAP, sin necesidad, por tanto, de instar después de la anulación el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Si bien, a mi juicio, dicha previsión además de contradecir lo establecido en la LCSP y la LPACAP, confunde instituciones básicas del derecho administrativo y, además, incluso se contradice, puesto que si se entiende que por economía procesal se puede decidir no ir a la revisión de oficio, ¿cómo se determina esa indemnización que en concepto de responsabilidad patrimonial debe ser abonada al contratista? Es decir, si no se anula el contrato y además las cantidades (reclamada y a abonar) son coincidentes, se estará realmente al pago del precio acordado, pues recuérdese que los actos tienen presunción de validez y

---

para el interés público, y que puede contribuir a que la Administración no revoque sus actos desfavorables desconociendo los límites que la ley le impone, lo cierto es que no parece haberse concebido así y que la norma permite obviar este trámite cuando está en cuestión un acto desfavorable, de igual modo que tampoco es necesario en tales casos acudir a los tribunales si adolece de un vicio de anulabilidad. En todo caso, y si bien la norma no fija un procedimiento concreto respecto al ejercicio de la potestad de revocación, ha de entenderse que sí existen ciertos requisitos, principalmente, que sea motivación de la conveniencia el interés público de la revocación, como que la misma no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. En la misma línea Sánchez Morón (2018b, p. 582).

<sup>46</sup> Así lo ha afirmado también el propio Consejo de Estado, entre otros en su conocidísimo Dictamen 1724/2011 de 21 de diciembre.

<sup>47</sup> Téngase en cuenta que el empleo del término «contratista» se hace en el sentido de la empresa que ha realizado la prestación, pues una vez que el contrato se anula, realmente deja de serlo.

eficacia mientras no sean anulados, sin olvidar de que si se trata de nulidad de pleno derecho, esta nunca puede ser convalidada<sup>48</sup>, y si se está afirmando que el pago que debe hacerse es en concepto de responsabilidad patrimonial, o bien esta se fija en la propia resolución de anulación (art. 106.4 LPACAP) o bien el mecanismo para establecerla es el propio procedimiento de responsabilidad patrimonial, que bien es cierto que puede iniciarse de oficio, pero no lo es menos que requiere un –función de la cuantía– dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, con lo que a buen seguro esa pretendida economía procesal acaba implicando un mayor retraso. Por no decir que la norma realmente lo que parece pretender no es que haya un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino que se pague sin tramitar una revisión de oficio, es decir, que se subsane un vicio en la mayor parte de ocasiones insubsanable mediante el pago de la factura «en concepto de indemnización por daños y perjuicios con base en la prohibición de enriquecimiento injusto» sin seguir procedimiento alguno o, al menos, los que legalmente están establecidos para determinar dicha responsabilidad, lo que no deja de ser cuando menos una ironía, pues aboga o permite que se «convaliden» vicios insubsanables sin procedimiento alguno, en fin, que habiendo contratado sin procedimiento se pague al contratista del mismo modo.

Y si bien pudiera entenderse que se trata de la *actio de in rem verso*, a la que me referiré más adelante, no debe perderse de vista que en tal caso no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial. Por último, a este respecto, solo recordar que, como se acaba de decir, el reconocimiento extrajudicial de créditos no sana ni convalida, a mi juicio, una nulidad, que por definición no es subsanable, sino que es un procedimiento establecido como excepción a la aplicación del principio de temporalidad de los créditos, consecuencia del carácter anual de los presupuestos, en que es competencia del Pleno el reconocimiento de las obligaciones procedentes de ejercicios anteriores, pero ello no sirve –ni puede servir– para hacer desaparecer el vicio de nulidad, sino para proceder al pago de obligaciones contraídas en el ejercicio anterior. Por tanto, una nulidad de pleno derecho, como es la que concurre en la inmensa mayoría de casos en que hay una contratación verbal, debe depurarse con anterioridad a su pago por la vía que corresponda, es decir, mediante la revisión de oficio, y solo después proceder a su pago al liquidar el contrato anulado, tal y como determina el artículo 42 de la LCSP.

### 3.3. La cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de autoridades y empleados públicos

Muy brevemente cabe hacer referencia a diversas normas que tienen incidencia en la cuestión aquí tratada desde una perspectiva diferente, es decir, no en cuanto a la nulidad, ni al procedimiento a seguir para declararla, ni siquiera respecto al pago del contratista,

---

<sup>48</sup> Como recuerda García Luengo (2016, p. 191).

sino en cuanto a la responsabilidad en que puede incurrir el personal o autoridad correspondiente por llevar a cabo una contratación irregular.

Son varias las normas que pueden ser aplicadas desde esta perspectiva, dado que pueden concurrir diversos tipos de responsabilidad, desde la vía de regreso<sup>49</sup>, en caso de estimar que se trata de una responsabilidad patrimonial<sup>50</sup>, hasta la penal en caso de incurrir en algún delito, como la prevaricación, sin olvidar la disciplinaria y pasando por el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, donde se califica como infracción muy grave la realización de gastos y pagos sin consignación presupuestaria. También la disposición adicional vigésima octava se refiere a la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Basta aquí simplemente mencionar esta cuestión, con la finalidad de apuntar a esta dirección como uno de los medios, quizás menos explorados pero más eficaces, para terminar o reducir la contratación irregular, puesto que parece que por sí solo la prohibición establecida en la normativa contractual, desde antiguo, no ha servido para eliminar estas prácticas reprochables<sup>51</sup>.

### 3.4. La regulación de las instituciones clásicas presentes en el tema: la LPACAP

Finalmente, a mi juicio, resulta imprescindible acudir a la LPACAP, pues en ella se contiene la regulación más elemental de los aspectos básicos que tienen presencia en la cuestión aquí analizada, pues no debe perderse de vista que se trata de la anulación de la contratación verbal, por lo que es indispensable manejar instituciones clásicas como la teoría de la nulidad, sus efectos, la potestad de revisión y sus límites.

Muy brevemente, puesto que por clásicas no están exentas también de ciertas polémicas y dudas, deben recordarse algunas cuestiones elementales que servirán, a mi juicio, para llegar a ciertas conclusiones respecto a aspectos básicos del problema que se analiza en este trabajo: la contratación verbal irregular.

La primera de esas cuestiones elementales es, a mi entender, la que se refiere a los efectos de la nulidad, que queda sin atender en nuestro sistema, al menos correctamente. Y es

<sup>49</sup> Regulada en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>50</sup> Sin embargo, ya se ha apuntado que, a mi juicio, por regla general no se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial, al menos en cuanto al pago a pagar al contratista por la prestación realizada, cuestión distinta es la indemnización que pueda tener que pagar la Administración al mismo por otros daños y perjuicios que pudiera haber sufrido.

<sup>51</sup> Como ya apuntara Rebollo Puig (1995, pp. 403-404).

que, a diferencia de otros ordenamientos, nada se dice en nuestra norma respecto a si tanto la revisión por nulidad, como por anulabilidad, como la revocación del 109, conllevan necesariamente efectos *ex tunc* o si en algún caso, por ejemplo la revocación, lo son *ex nunc*.

Sin embargo, en otros sistemas sí se le presta la atención debida; es el caso del modelo francés, en el que es un elemento de diferenciación relevante a la hora de «revisar» o «degradar» un acto, o en el ordenamiento alemán, donde también se precisa cuándo un acto puede ser revisado o revocado con efectos pro futuro o retroactivos<sup>52</sup>.

Esta cuestión, que sin duda es de gran trascendencia práctica, deriva a mi juicio de la propia teoría que se siga respecto a la validez y eficacia de los actos, es decir, para quienes defienden –aunque se trata de una postura minoritaria– que la nulidad de pleno derecho conlleva la ineficacia *ab initio e ipso iure*, en buena lógica, la revisión del acto implicará efectos *ex tunc*. Mientras que cuando se trate de vicios de anulabilidad, los efectos de la revisión serían *ex nunc*, por contraposición con la nulidad y erigiéndose en la principal diferencia entre ambas<sup>53</sup>.

Mientras que otro sector doctrinal estima que tal diferenciación viene a ser artificiosa y que realmente estamos ante un problema de eficacia y no tanto de validez. Aunque nuevamente es importante también el propio concepto de eficacia que se maneje, el de lo fáctico (Santamaría Pastor, 1975, p. 172 y ss.) o el de la obligatoriedad jurídica<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> En particular, esta cuestión está regulada en el *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA). En relación con esta norma, véanse, entre otros, Trouilly (2015 y 2016).

<sup>53</sup> En esta línea, entre otros, véase Alegre Ávila (2017), aunque el propio autor viene a reconocer que la jurisprudencia y el propio legislador han venido a mitigar esta diferencia. Del mismo autor véase también (1993). y (2012).

<sup>54</sup> A este respecto véase García Luengo (2002), quien sostiene que la eficacia, siguiendo el modelo alemán, ha de entenderse en relación con la obligatoriedad jurídica, procediendo a distinguir entre la eficacia externa e interna del acto. De ahí que concluya que es un presupuesto de la ejecutoriedad, considerando que tal conclusión cabe deducirla también del artículo 57.1 Ley 30/92, cuando establece que los actos producirán efectos desde que se dictan y que la jurisprudencia viene aceptándolo cuando, por ejemplo, permite la impugnación de la vía de apremio como consecuencia de la nulidad del título habilitante, lo que lleva a la posible desobediencia del acto; en fin, que esa falta de efecto vinculante del acto nulo comporta en un Estado de derecho que ni el ciudadano ni los funcionarios o autoridades administrativas tengan la obligación de obedecer cualquier acto con independencia de su contenido, por tanto la presunción de legitimidad del acto encuentra un límite que es la nulidad absoluta, implicando incluso la responsabilidad del funcionario si lo cumple. A este respecto, no obstante, debe recordarse que la LPACAP extiende la vinculación de los actos emitidos por un órgano administrativo en el ejercicio de sus competencias al resto, tanto de esa como de otra Administración. Esta postura mantenida por el citado autor es, sin embargo, criticada por otro sector de la doctrina, es el caso claro de Cano Campos (2017, p. 18, nota 39), donde sostiene que la afirmación del citado autor respecto a que

cuando el art. 57.1 de la LRJPAC (ahora art. 39.1 de la LPAC) dispone que todos los actos administrativos «producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se dis-

Y, en fin, de que se siga, en cierto modo, un concepto de validez en línea con el modelo alemán o, por el contrario, se opte por entender, como ha hecho en nuestro sistema un sector importante de la doctrina civilista<sup>55</sup>, que el legislador y los juristas españoles nunca han utilizado «validez» en el sentido de la *Geltung* kelseniana, es decir, como existencia misma de la norma o acto y su fuerza vinculante, sino como ausencia de vicios<sup>56</sup>. De ahí, también, que el término invalidez incluya nulidad y anulabilidad<sup>57</sup>.

Sin olvidar que la declaración de nulidad de un reglamento, según la propia norma, no impide que subsistan los actos firmes dictados en su aplicación, o los efectos prospectivos que ha admitido el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucional una ley<sup>58</sup>.

Y aunque lo expuesto pudiera parecer que se trata de un debate doctrinal, por otro lado, llamado a no ser resuelto con carácter unánime, lo cierto es que implica consecuencias importantes para el objeto de este estudio, pues dependiendo de la postura que se mantenga al respecto, la consecuencia será que el pago del contratista deviene del propio contrato o se trata de la fijación por el legislador de los efectos de la anulación.

Pues, en consecuencia con lo dicho, los efectos de la revisión de un acto, sea nulo o anulable, podrá fijarlos, en primer término, el legislador, como hace en algunas normas sectoriales; es el caso del artículo 37.4 de la LGS, que establece que «la declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas», o el aquí analizado artículo 42 de la LCSP.

---

ponga otra cosa», en realidad se está refiriendo a la denominada eficacia externa del acto, a sus efectos adjetivos o formales. Pero esto lo desmentiría el propio apartado 2 de dicho precepto, que se refiere, sin duda alguna, a la denominada eficacia interna (a la obligatoriedad jurídica del contenido del acto, a la producción de sus efectos) cuando dice que la eficacia quedará demorada cuando lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. No parece lógico que el mismo precepto se refiera en cada uno de sus apartados a dos tipos de eficacia distinta sin hacer la más mínima alusión a ello.

<sup>55</sup> Véase al respecto también Díez-Picazo Jiménez (1990, pp. 162 y ss.) o Delgado Pinto (1990, pp. 136 y ss.).

<sup>56</sup> Así lo explica Delgado Echevarría (2003, pp. 234 y ss.), quien considera que validez significa ausencia de vicios y que no puede identificarse con la existencia o pertenencia a un sistema jurídico ni con fuerza vinculante; a tales efectos, pone el ejemplo, entre otros, de la posible declaración de invalidez de una norma tras la pérdida de vigencia por la derogación de la misma. En fin, en mi opinión, nuevamente, es imprescindible conocer y ser conscientes de los distintos efectos en cuanto a la aplicación de la norma, pues, como indica este sector doctrinal «validez» y «aplicabilidad» no son siempre coincidentes. Y prueba de ello es que un acto administrativo que adolece de un vicio de anulabilidad, o, incluso, de nulidad, en la práctica mientras no se declare esta, el mismo despliega efectos, en el primer caso de forma incontestable, a lo que se une el transcurso de los plazos para atacar el acto cuando este es favorable.

<sup>57</sup> A este respecto, Chinchilla Marín (1993) expuso su idea de que con la sustitución del término «invalidez» por «nulidad» y «anulabilidad», se destierra la categoría de acto inexistente, siendo un acto inválido porque adolezca de un vicio de nulidad o anulabilidad.

<sup>58</sup> Por ejemplo, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, y de forma más reciente en la 111/2016.

Y en ausencia de mención alguna en la norma, será determinante la labor de quien anula el acto, que deberá sopesar, al fijar las consecuencias de esa revisión, principios como el de proporcionalidad, buena fe y equidad, entre otros, y todo ello sin desdeñar la labor del propio juez, imprescindible al respecto, por ejemplo, en el ordenamiento italiano<sup>59</sup>.

En fin, sea porque se trata de una cuestión de validez/invalidéz, de nulidad/anulabilidad o de eficacia/ineficacia, está claro que no existe, desde el punto de vista de los efectos de la revisión, una tajante diferenciación en función del vicio concurrente.

Y es aquí donde, a mi juicio, es preciso tomar en consideración –a la hora de precisar los efectos–, otro de los aspectos más determinantes de la regulación general de la potestad de revisión en este tema; me refiero a los límites del artículo 110 de la LPACAP, por ejemplo, la buena fe, la equidad, la protección de la confianza legítima o la prohibición de enriquecimiento injusto, entre otros, ya que entiendo, como expondré más detenidamente, que los mismos no solo sirven para frenar la revisión, sino también para modular sus consecuencias<sup>60</sup>.

Un ejemplo de ese freno total que puede implicar se encontraba en el mencionado artículo 38 del TLCSP –hoy desaparecido–, pues en tal caso parecía claro que la aplicación, en su caso, de esos límites, provocaba que la misma no se llegase a realizar, ya que en teoría no se podría ejercitar la potestad de revisión. Lo que a mi juicio es un indicio más de que cuando el legislador actual regula los efectos de la anulación en el artículo 42 de la LCSP no pretende sostener que aunque el contrato sea nulo o anulable no quepa su revisión, sino que modula las consecuencias de estas.

Por tanto, en el artículo 38 del TRLCSP se trataba de actos nulos, pero que por determinadas circunstancias, previstas en el propio ordenamiento jurídico, no es posible proceder a su anulación, con lo que siguen produciendo efectos, lo que, sin embargo, no supone una subsanación del vicio.

Sin embargo, a mi juicio, no solo es posible sino que así se constata en el propio artículo 42 de la LCSP, y la previsión similar que se contenía en el artículo 35 del TRLCSP, que a una declaración de nulidad se le dé unos efectos concretos –muy próximos a lo que podría ser el propio cumplimiento del mismo–, en aplicación de los principios a que el artículo 110 se refiere o, en general, a principios generales del derecho; incluso que se dilaten o retrasen los efectos de la declaración de nulidad, como también se prevé en el artículo 42.3 de la LCSP o en el ámbito urbanístico en ocasiones para mitigar los efectos perniciosos hasta que se apruebe un nuevo plan<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Como bien explica González Sanfiel (2017, pp. 431-433).

<sup>60</sup> Como bien vienen sosteniendo, entre otros autores, Sánchez Morón (2018b, p. 585).

<sup>61</sup> Véase a este respecto la jurisprudencia italiana expuesta por González Sanfiel (2017, pp. 18-20). O más recientemente el mismo autor (2018, p. 61).

Por tanto, los efectos concretos no son siempre *ex tunc* cuando se trata de una nulidad de pleno derecho y *ex nunc* cuando estamos ante una anulabilidad, sino que depende, en primer lugar, de si el propio legislador ha introducido alguna precisión al respecto –es el caso de la LGSS o la LCSP, y con anterioridad el TRLCSP–, así como, en caso contrario, de lo que acuerde el órgano competente para determinar la nulidad o emitir su parecer al respecto y, por ello, valorar si concurren o no los límites del artículo 110 y sus consecuencias, que en ocasiones será el Consejo de Estado o equivalente, en otros los tribunales de lo Contencioso-Administrativo o también, por ejemplo, en el ámbito de la Seguridad Social, la jurisdicción social<sup>62</sup>. En fin, que será cada ordenamiento el que de un modo u otro determine esas consecuencias<sup>63</sup>.

#### 4. ¿Cuál es el fundamento real del pago al contratista por la prestación realizada?

Como ya se ha apuntado, no parece haber unanimidad ni entre la doctrina, la jurisprudencia y la doctrina administrativa de los órganos consultivos, ni en las propias normas, en cuanto a qué institución da cobertura al pago de las prestaciones ejecutadas a favor del «contratista»<sup>64</sup>, aunque bien es cierto que en torno a que dicho pago debe efectuarse sí que hay cierta avenencia. Sin embargo, a mi juicio, sí se trata de una cuestión crucial, no solo desde un punto de vista teórico o doctrinal, sino también práctico, tanto en cuanto al procedimiento a seguir como respecto de las consecuencias de otro tipo que su calificación

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, es preciso recordar la Sentencia núm. 381/2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 26 febrero (AS\2003\2423), ya citada, y en la que se llega a afirmar que la nulidad de pleno derecho «produce efectos *ex tunc* sin más matizaciones que las que se deriven de la equidad o de la buena fe». Por tanto, reconociendo que dichos límites pueden modular los efectos radicales de la nulidad de pleno derecho.

<sup>63</sup> En esta línea, véase, por ejemplo, Guastini (2001, p. 59), quien afirma que:

Los efectos jurídicos (o sea, las condiciones de aplicabilidad) de las normas están determinados en los diversos sistemas jurídicos por (otras normas) positivas. Es perfectamente posible que un ordenamiento atribuya efectos jurídicos (incluso) a las normas inválidas, así como es posible que un ordenamiento atribuya efectos jurídicos solo a las normas válidas. *Actoritas facit legem*: el legislador (en sentido material) puede hacer lo que quiere.

Lo que es perfectamente asumible también cuando hablamos de actos. Así como Rebollo Puig (2009, p. 33), quien sostiene, en relación con el anterior artículo 106 de la Ley 30/1992, que:

Serán los efectos del acto con vicios de nulidad que, pese a ello, se comportará como válido porque así lo quiere el ordenamiento para proteger otros valores que, en el caso, considera prioritarios sobre aquellos que tutela la nulidad, incluidos los derechos fundamentales ante los que el art. 106 no se detiene.

<sup>64</sup> Entiéndase que la referencia se hace a quien ejecuta la prestación, pues en puridad no hay contratista si el contrato es nulo de pleno derecho.

conlleva. De ahí que partiendo de las premisas expuestas al analizar el marco jurídico en que se enmarca la cuestión, se llegará a una u otra conclusión.

El punto de partida, como se ha venido reiterando, es la previsión contenida en el artículo 42 de la LCSP, que prevé, como su propio título indica, los efectos de la declaración de nulidad y de los supuestos de anulabilidad; pero recuérdese que se refiere a los actos preparatorios o de la adjudicación del contrato, es decir, la norma parte de que previamente es preciso, como no puede ser de otra manera –por más que diga otra cosa el Real Decreto 424/2017–, depurar ese vicio de conformidad con el procedimiento oportuno, depurar no en el sentido de subsanar, sino de declarar precisamente su nulidad o anulación por causa de anulabilidad.

En el caso de la contratación verbal fuera de los supuestos de emergencia, es evidente que cuando menos estamos ante un vicio de la adjudicación de dicho contrato, por tanto, de un acto favorable, lo que nos lleva indefectiblemente a la revisión de oficio si hay nulidad de pleno derecho, como será en la mayoría de supuestos y en la totalidad con la vigencia de la nueva LCSP, o a la declaración de lesividad y posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa si se tratara de una anulabilidad. Ello no solo se deriva de la normativa general, es decir, la LPACAP, sino también de las propias previsiones del artículo 42 de la LCSP y es, a mi juicio, importante tenerlo en cuenta por lo que se dirá más adelante. Por tanto, se excluye la revocación del acto a la que alude el artículo 109 de la LPACAP, pues se refiere en exclusiva a los actos desfavorables<sup>65</sup>.

Estas cuestiones no son en absoluto baladíes, porque además pondrán de manifiesto la propia ironía de que sea la Administración la que acuda a la revisión de oficio, no al darse cuenta de la nulidad ni a instancia del interesado –que difícilmente puede serlo si se trata de un acto favorable–, sino con la finalidad, en la mayor parte de casos, de superar las trabas –y muy seguramente los reparos– puestos por los órganos de intervención para el pago. Mientras en la jurisprudencia de los años ochenta y noventa del pasado siglo pueden encontrarse abundantes supuestos en que la nulidad es alegada por la Administración para evitar el pago reclamado en vía judicial por el contratista (Rebollo Puig, 1995) –aunque ahora esos supuestos son minoritarios, no han desaparecido por completo<sup>66</sup>, la tónica ge-

---

<sup>65</sup> Y es que aunque se trata de una figura polémica donde las haya, a mi juicio –de igual modo que para parte de la doctrina, lejos, eso sí, de ser unánime–, dentro de los supuestos de revocación del artículo 109 caben tanto supuestos de legalidad como de oportunidad, siendo además posible acudir a ese procedimiento más sencillo cuando el acto es desfavorable, aun en los supuestos de nulidad de pleno derecho.

<sup>66</sup> Valga de ejemplo la STS de 18 de junio de 2004, recurso de casación núm. 2000/1999, en que el tribunal condena a la Administración al pago no solo de la prestación realizada, sino también al 6 % en concepto de beneficio industrial y a los gastos e intereses por el crédito bancario solicitado para hacer frente al encargo, el cual se realizó de forma verbal sin procedimiento alguno, pero entendiendo el tribunal que la realidad del encargo, así como la confianza despertada sobre la que sería atendido, permite apreciar los elementos necesarios para que opere el enriquecimiento injusto, generando la obligación de abono de

neral es que sea ella misma la que acuda a los instrumentos que la normativa le ofrece para proceder al pago de las facturas derivadas de contrataciones absolutamente irregulares de aquella forma menos abrupta o ante las dificultades que la intervención le presenta, sin olvidar que en aplicación de diversas normas pueden incurrir en responsabilidad aquellos empleados o autoridades que cometan estas ilegalidades.

Una vez sentadas estas premisas, es pertinente comenzar por analizar las distintas figuras en que puede encajar el supuesto aquí estudiado con la finalidad de concluir cuál o cuáles le son de mejor aplicación. Pues, como ya sea visto, lo único que viene a suscitar unanimidad entre los operadores jurídicos es la idea de que cuando se trata de un contrato verbal ilegal ya ejecutado totalmente –que es la tónica general, dado que se suscita la cuestión cuando el contratista presenta la factura y se plantean problemas para su pago–, o cuando menos de forma parcial, deben abonarse las prestaciones al contratista. Sin embargo, a mi juicio, es preciso matizar dicha afirmación. Lo que la LCSP establece no es el pago de lo realizado sino que expresamente dice que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverá su valor; además añade que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Por tanto, no se está refiriendo a que la consecuencia de anular el acto sea el pago del contrato, pues no olvidemos que previamente establece que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato; es decir, en primer lugar, cabe descartar que el pago derive del contrato mismo, pues este es nulo de pleno derecho, de tal modo que la regla general, al contrario, es que no produce efectos, cuestión no obstante que es evidente que por diversas vías y en distintas circunstancias es matizada, como ya se ha puesto de manifiesto al hablar de los efectos *ex tunc* y *ex nunc*.

Por tanto, y aunque es cierto que la tendencia es buscar un efecto similar al pago del precio, ese no es el concepto en que debe abonarse al contratista lo realizado, es decir, no se trata de una obligación contractual, una vez que el contrato se declara nulo; si bien es cierto que algún órgano consultivo ha entendido precisamente que lo que no cabe en estos casos en la anulación por operar los límites de la potestad de revisión<sup>67</sup>. A mi juicio,

---

lo ejecutado en ese contexto. O la STSJ de Castilla y León, de 8 de junio de 2007, rec. núm. 2896/2002 (ECLI: ES:TSJCL:2007:3278); la STSJ del País Vasco de 25 de febrero de 1998, rec. núm. 2162/1994 (ECLI: ES:TSJPV:1998:492); o la STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2013, rec. núm. 890/2010 (ECLI: ES:TSJCAT:2013:14357), entre otras.

<sup>67</sup> Es el caso del Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 181/2015, de 13 de mayo, donde se llega a afirmar que:

como ya he explicado con anterioridad, al hablar de los límites de esta potestad, en el caso del artículo 42 de la LCSP –y a diferencia de lo que establecía el artículo 35 del TRLCSP–, no operan de forma radical, es decir, impidiendo la revisión, si bien cabe ya adelantar que serán cruciales a la hora de justificar esa propia previsión de la ley de contratos.

Me explico, a mi juicio, la literalidad del artículo 42 de la LCSP excluye la interpretación de que no quepa la anulación, sino al contrario, parte de la misma –como por otro lado indica el propio título del precepto–, fijando y modulando sus efectos, tal y como ya he dicho que es posible que haga en primer lugar el propio legislador, con base en esos límites de la potestad de revisión, y optando en este caso porque los efectos sean la liquidación del contrato e, incluso, la posible continuidad temporal si pudiera suponer un grave trastorno al servicio público.

Y no debe perderse de vista que entre esos límites a que se refiere el artículo 110 de la LPACAP se encuentran principios generales del derecho como la buena fe, pero también, y aunque no se mencione expresamente, la protección de la confianza legítima y el principio de prohibición de enriquecimiento injusto.

Y ello porque con los límites del artículo 110 se busca, a través de la ponderación de intereses en juego –pero también de las consecuencias de una opción u otra–, evitar un ejercicio desproporcionado de la potestad de revisión. O, desde otra perspectiva, evitar el abuso en el ejercicio de la misma, lo que recuerda, como muchas cuestiones de este tema, a otra previsión contenida en el Código Civil, en este caso respecto a la prohibición del abuso del derecho. De este modo, la finalidad de esta figura no es otra que una aplicación adecuada, proporcionada y equitativa del derecho, por lo que a la potestad de revisión que el mismo reconoce se refiere.

---

Operando como límite a la declaración de nulidad instada por la Administración, lo establecido en el art. 106 LRJAP-PAC, según la cual «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes», pues es evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por los contratistas afectados por las contrataciones fraudulentamente rezadas a resultados, precisamente, de la ejecución de dichas contrataciones [...]. Por todo ello, no procediendo la declaración de nulidad radical del contrato, permanecen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida de facto, por lo que procede la liquidación del contrato a la que hace referencia la Propuesta de Resolución (art. 35 TRLCSP), habiéndose recibido los suministros farmacéuticos a satisfacción de la Administración y constanding acreditado que el precio pactado no se ha abonado a la contratista. Por ello, la Administración está obligada al pago en base a la relación contractual creada, para impedir su enriquecimiento injusto.

Dicha postura se ha seguido manteniendo en dictámenes recientes como los núms. 80, 81 y 82/2020, reforzando la argumentación respecto a la aplicación de los límites de la potestad de revisión para excluir precisamente la declaración de nulidad, y que cuentan con un voto particular, en el que se entiende que con la revisión de oficio no solo no se vulnera la ley, sino al contrario, se cumple lo que esta establece, lo que aquí se comparte.

La equidad es a mi juicio el fundamento último y la justificación de la excepción que el artículo 110 prevé; en fin, la justicia en el caso concreto en su concepción aristotélica, es decir, en el sentido de criterio de aplicación de las leyes que permite adaptarlas al caso singular, templando su rigor.

Se trata, al fin y al cabo, de atemperar las consecuencias contrarias a diversos principios que podría tener una aplicación estricta y sin matizaciones de la potestad de revisión. Lo que se debe, precisamente, a su carácter a la vez excepcional, pues no olvidemos que en la mayor parte de casos hablamos de actos firmes. No es otra cosa, por tanto, que el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 3.2 del Código Civil<sup>68</sup>.

Precisamente, la naturaleza, el fundamento y la finalidad de los límites de la revisión, en los términos expuestos, condicionan también su propia funcionalidad. Con ello me refiero a si ha de entenderse que la citada figura sirve únicamente para evitar el ejercicio de la potestad de revisión o si, por el contrario, los límites de la misma pueden o, incluso, deben, modularla sin excluirla necesariamente.

Eso es lo que a mi juicio sucede en el artículo 42 de la LCSP, que matiza o modera los efectos de la anulación atendiendo a los límites de la potestad de revisión y buscando la equidad, pues de no hacerlo y entender que la consecuencia de la nulidad implicaría que no se abonase lo realizado, vulneraría, sin duda alguna, esos límites y la equidad a la que responden<sup>69</sup>. Si bien hay quien entiende que precisamente lo que prevé la normativa de contratos al establecer la liquidación es restituir las cosas al estado anterior y borrando los efectos del contrato nulo<sup>70</sup>.

Y aunque es cierto que la norma realmente habla de la restitución *in natura* –en la que consiste, por cierto, la *actio de in rem verso* de la que ya hablaba el profesor Rebollo Puig (1995) en los años noventa del pasado siglo y que se basa en el principio de prohibición de enriquecimiento injusto–, no lo es menos que la regla general que viene operando en la práctica no es esa, sino el pago de la prestación realizada o el bien entregado, por más que en algún supuesto pudiera ser posible esa restitución, por ejemplo, en algún tipo de suministro. Lo que denota nuevamente que lo que se busca es un efecto similar al que se

<sup>68</sup> Cuando dice que «la equidad deberá ponderarse en la aplicación de la norma».

<sup>69</sup> En fin, como el propio Tribunal Supremo –FJ quinto de la citada sentencia de 19 de diciembre de 2013 (Ar. 8220), recurso de casación núm. 1240/2002– ha dicho, la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código Civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico.

<sup>70</sup> De esta opinión es Baca Oneto (2006, pp. 359-369).

produciría si el contrato fuera válido. Digo, no obstante, que similar pero no necesariamente idéntico, pues no se trata del pago del precio, ni de la obligación en tal sentido derivada del contrato, pues este se ha declarado nulo, sino de los efectos que de la misma derivan por haberlo establecido así el propio legislador.

Es decir, a mi juicio, el pago al contratista no se ampara ni en la responsabilidad patrimonial, ni en una supuesta convalidación a través del reconocimiento extrajudicial de créditos –como ya he explicado–, sino en los límites a la potestad de revisión que modulan los efectos de la declaración de nulidad, en esta ocasión de forma expresa por el propio legislador. Límites dentro de los cuales, y junto a los principios expresamente recogidos en el artículo 110 de la LPACAP, se encuentran otros como el principio de protección de la confianza legítima<sup>71</sup>, la prohibición del enriquecimiento injusto o la continuidad del servicio –muy empleados en el ámbito de la contratación–, y, fundamentalmente, la proporcionalidad, principio que debe guiar toda actuación de la Administración, tal y como prescribe la propia LPACAP.

No obstante, cabe hacer una matización, me refiero a que el propio artículo 42 de la LCSP, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad o la anulabilidad, no solo menciona la restitución, sino también la posible indemnización por daños y perjuicios, lo que hace en los siguientes términos: «La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Por tanto, distingue entre lo que sería la restitución *in natura* o el valor de lo realizado o dado y algún daño que la parte culpable pudiera haber ocasionado a la otra. Esto me lleva a dos cuestiones interesantes, de un lado, a que este segundo tema sí parece encajar en la responsabilidad patrimonial, de otra parte, quién es culpable y qué conceptos pueden ser indemnizables, en particular, me refiero al beneficio industrial.

En efecto, una de las cuestiones más dudosas a mi juicio de este tema es si debe de traerse el beneficio industrial o no al contratista, algo en que tampoco existe unanimidad, ni mucho menos, entre los órganos consultivos. A este respecto, en primer lugar, es preciso recordar que cuando se habla de la restitución o el pago de lo realizado no se refiere, como he dicho, al pago del precio, sino al valor –entiendo que en el mercado–, pues no debe olvidarse que a ese aspecto aluden también las normas de carácter presupuestario

---

<sup>71</sup> Que este principio es un claro límite a la potestad de revisión es incontestable por más que no se prevea en el artículo 110 de forma expresa. Así lo entiende la doctrina, la jurisprudencia y los órganos consultivos; valgan de ejemplo los dictámenes del Consejo de Estado núms. 219/2013, de 18 de abril, y 536/2014, de 5 de junio; el Dictamen 198/2014, de 16 de junio, del Consejo Consultivo de Galicia; el Dictamen 125/2011, de 16 de septiembre, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares; el Dictamen 645/2012, de 31 de octubre, del Consejo Consultivo de Extremadura; el Dictamen 464/2013, de 26 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; el Dictamen 464/2013, de 26 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias, etc.

analizadas<sup>72</sup>; cuestión dudosa es si ese valor de mercado incluye o no el beneficio industrial, lo que parece lógico. Sin olvidar que en cuanto a dicho concepto la LCSP lo ha incluido como gran novedad en el artículo 101.2, al regular el valor estimado del contrato, pero sin concretar nada más<sup>73</sup>.

De otro lado, y en cuanto a esa segunda previsión del artículo 42, es decir, la referente a la indemnización por la parte culpable, a mi juicio, la Administración siempre lo es, al menos en los casos aquí expuestos, es decir, una contratación verbal irregular, no por ejemplo si se trata de un exceso que el contratista lleva a cabo de un contrato válido, que es un supuesto distinto. Mi afirmación deriva de que no debemos perder de vista que hablamos de la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato, es decir, de actos de la Administración; de otro lado, –y a salvo de supuestos muy excepcionales en que la nulidad pudiera derivar de la falta de capacidad del contratista o de que este incurra en prohibición para contratar, es decir, de la causa prevista en el artículo 39.2 a) de la LCSP<sup>74</sup>, y la Administración no lo hubiera apreciado por haber ocultado o falseado los datos la licitadora–, no parece que pueda quedar excluida la culpabilidad de la parte contratante. Además el supuesto indicado en que claramente existe culpabilidad del contratista, y no de la Administración, no parece que pudiera encajar en una contratación verbal, por el hecho de carecer de procedimiento alguno.

Bien es cierto que el contratista puede ser «cómplice» en el sentido de concededor de la irregularidad de la contratación, pero de ahí imputarle a él la culpabilidad me resulta cuando menos excesivo –con carácter general–; no debe olvidarse que quien es responsable de seguir el procedimiento establecido es la Administración contratante –pudiendo sus autoridades y personal incurrir en distintos tipos de responsabilidad, incluso penal–, y de considerar que hay concurrencia de culpas y, en consecuencia, penalizar a la parte contratada a través de la detracción del beneficio industrial –como puede observarse en diversos dic-

---

<sup>72</sup> Que en concreto hablan de que el precio se ajusta al precio de mercado.

<sup>73</sup> Concreción que únicamente se viene haciendo por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) (art. 131) en relación con el contrato de obras, y siendo dudoso que dicha previsión pueda extenderse a otros supuestos. A este respecto véanse, por ejemplo, el Informe 50/2008, de 2 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; el Informe 12/2014, de 17 de febrero de 2015, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana; la Resolución 683/2016, de 9 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o del mismo las resoluciones 159/2016, de 19 de febrero, 827/2018, de 24 de septiembre o 1144/2018, de 17 de diciembre, entre otras.

<sup>74</sup> Que se refiere en concreto a:

La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

támenes<sup>75</sup>, surge la duda de si con ello finalmente la que sale beneficiada no es la Administración, pues recibe la prestación mediante una contratación irregular que finalmente le resulta más económica, al ahorrarse el beneficio industrial, pues recuérdese que la propia LCSP prevé este concepto dentro del valor estimado del contrato.

No obstante, solo quiero apuntar el problema y las dudas que presenta, pues no considero sencillo llegar a una conclusión clara, en primer lugar, porque el propio ordenamiento español –a diferencia de otros como el alemán–, y por influencia francesa, no regula ni define con carácter general el enriquecimiento injusto, si bien se ha venido entendiendo como un principio de resultado, es decir, que una de las partes no se vea beneficiada –lo que por otra parte enlaza con lo antes dicho, que es que la equidad es el fundamento último de los límites de la potestad de revisión–, lo que podría llevar a considerar contrario a dicho principio que la Administración infractora salga finalmente beneficiada. Pero, de otro lado, es cierto que pudiera ser dudoso que la restitución o pago del valor incluya beneficio para el contratista; si este es copartícipe de la ilegalidad, quizás lo más adecuado sea, como siempre ocurre con la equidad, acudir a las circunstancias del caso, sin que puedan hacerse afirmaciones apriorísticas.

Así, incluso, podemos encontrar supuestos en que el beneficio industrial se excluye de la restitución o, mejor dicho, del pago del valor de lo realizado o entregado, pero se acaba abonando –con una denominación u otra– por la vía de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al contratista<sup>76</sup>, y sin olvidar incluso la actualización o intereses de demora correspondientes<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Baste mencionar, entre otros, el citado Dictamen 843/2017 del Consejo de Estado o el 92/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

<sup>76</sup> Parece ser el caso del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 279/2015, de 22 de abril cuando afirma que:

La liquidación de los contratos ha de practicarse una vez que la declaración de nulidad adquiera firmeza y 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 (por todos, dictámenes 18/1995, 23/1996, 48/1997 y 694/2012), la restitución solo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero sin que quepan los demás rescargos propios de un contrato válidamente celebrado, 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, sino de la regla establecida en el reiterado artículo 35 del TRLCSP, el cual 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. Con independencia del pago del valor de la prestación realizada, cualquier otra partida habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 35.1, conforme al cual, «la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

<sup>77</sup> A la que se alude, por ejemplo, en el Dictamen 269/2018, de 15 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, al decir que:

## 5. Conclusión

Tras todo lo expuesto, creo que puede contestarse a la pregunta formulada en el propio título de este trabajo de forma negativa, es decir, en cuanto a la contratación verbal irregular, que se trata sin duda de un tema clásico al que desde antiguo ha prestado atención el propio legislador y la jurisprudencia, no existen soluciones innovadoras en los últimos tiempos, sino quizás un planteamiento particular desde el punto de vista práctico, en el sentido de ser las propias Administraciones las que persiguen revisar esa actuación nula para proceder al pago correspondiente al contratista –que, por otro lado, no es tal desde que se anula el contrato–. Por ello resulta oportuno acudir –como tantas veces– a las instituciones clásicas, a su razón de ser y la finalidad de las mismas, para comprender de forma más adecuada este problema y encontrar soluciones apropiadas a su propia naturaleza.

De este modo, y partiendo para ello de las distintas normas que –desde diversos puntos de vista– tienen incidencia en la materia, a mi juicio, cabe concluir que en la práctica unanimitad de supuestos –y en todos cuando se trata de aplicar la LCSP– a que aquí se ha hecho referencia, concurre una o varias causas de nulidad de pleno derecho, lo que lleva a la obligatoriedad por parte de la Administración de declarar su nulidad –por imperativo establecido en el artículo 106 de la LPACAP–. Se trata de la nulidad de un acto separable que conlleva la del propio contrato y cuyos efectos han sido establecidos por el propio legislador, como por otra parte hacen otras normas sectoriales, valga de ejemplo la LGSS.

Y es que, como ha quedado probado, la supuesta diferencia entre la nulidad y la anulabilidad desde el plano de los efectos *ex tunc* y *ex nunc* no es cierta. Así, la LCSP ha dotado de los mismos efectos a una y otra, pues en sintonía con otros ordenamientos jurídicos –como el francés–, el grado del vicio no determina los efectos de la anulación.

Dentro de los efectos que la LCSP establece pueden indicarse dos tipos, que responden o encajan en instituciones diferentes; me refiero a la liquidación del contrato y la posible indemnización por los daños y perjuicios que la parte culpable puede haber irrígado a la otra.

A mi juicio, tras un análisis de las distintas figuras que de un modo u otro se han venido invocando para dar cobertura a estos efectos: responsabilidad patrimonial, reconocimiento

---

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 TRLCSP y art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los arts. 1.100, 1.108 y 1.303 del Código Civil, la Administración ha incurrido en mora desde que la interesada presentó la correspondiente factura por la reposición de biondas el 30 de septiembre de 2016, según consta en el expediente, por lo que se considera que el daño se ha producido desde ese momento en el que se exigió el pago con la presentación de la factura y no se abonó el importe por la prestación efectuada. En consecuencia, la cantidad final a indemnizar a [...], en concepto de restitución de la prestación realizada, habrá de incrementarse con los intereses que correspondan desde la fecha en la que dicha empresa exigió el cumplimiento de la obligación de la Administración [el pago] con la presentación de la citada factura.

extrajudicial de créditos, la *actio in rem verso*, el principio de enriquecimiento injusto, etc., puede concluirse que esos efectos no dejan de ser una opción del legislador amparada en los límites de la potestad de revisión, que con carácter general se establecen en el artículo 110 de la LPACAP, aunque incluyen otros principios no ahí invocados expresamente, como es el de protección de la confianza legítima, la prohibición de enriquecimiento injusto, la continuidad del servicio público o el de proporcionalidad.

Sin embargo, estos límites modulan los efectos de la revisión pero no la llegan a excluir, a diferencia de lo que en algún supuesto preveía el TRLCSP, por ello, la obligación de pago no deriva del contrato –que se ha declarado nulo previamente–, sino que surge *ex lege* de la propia previsión de la LCSP. Por ello tampoco la cuantía tiene por qué coincidir con el precio del contrato, sino que ha de responder a esa restitución o, más bien, al valor de lo realizado o entregado. Si bien a ello puede unirse también la indemnización que en caso de otros perjuicios pudiera estimarse oportuna<sup>78</sup>, sin olvidar que el tema del beneficio industrial es cuando menos dudoso, pues el principio de prohibición de enriquecimiento injusto implica que ninguna de las partes obtenga un beneficio patrimonial. Y si bien es cierto que el pago del mismo podría considerarse que implica una ventaja para quien realizó la prestación, no lo es menos que si el mismo no es abonado, la que sale beneficiada es la Administración que, en todo caso, a mi juicio, resulta culpable por más que lo pueda ser también –en concepto de conocedor de la irregularidad– el contratista, pues la propia LCSP prevé dentro del valor estimado del contrato el concepto de beneficio industrial.

Finalmente, cabe indicar que, como se ha visto, el que encaje el problema analizado en una u otra institución conlleva consecuencias no solo de tipo procedimental, sino también en cuando al resultado resarcitorio.

---

<sup>78</sup> Valga de ejemplo la ya citada STS de 18 de junio de 2004, recurso de casación núm. 2000/1999, en que el tribunal condena a la Administración al pago no solo de la prestación realizada, sino también al 6 % en concepto de beneficio industrial y a los gastos e intereses por el crédito bancario solicitado para hacer frente al encargo, por estimar que:

El desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración [...]. La urgencia del encargo, puesto que la exposición había de celebrarse en una determinada fecha, no permite apreciar la existencia de mala fe en la parte recurrente, ni que el proceder de la Administración estuviera guiado por un gratuito propósito de eludir el procedimiento de contratación.

## Referencias bibliográficas

- Aguado i Cudolà, V. (2017). Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos. *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017. Madrid: INAP.
- Alegre Ávila, J. M. (1993). El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas. El caso RUMASA en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *RAP*, 132, pp. 229-263.
- Alegre Ávila, J. M. (2012). La invalidez sobrevenida de los actos jurídicos: inconstitucionalidad sobrevenida e invalidez sobrevenida de los actos administrativos. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 83, 487-503.
- Alegre Ávila, J. M. (2017). Acerca de la invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos. [Notas referentes al debate] *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017. Madrid: INAP.
- Arias Rodríguez, A. (2016). Las facturas en el cajón. Recuperado el 26 de febrero de 2019 de <<https://fiscalizacion.es>>.
- Baca Oneto, V. S. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra: Thomson-Civitas.
- Baño León, J. M.<sup>a</sup>. (2016). La eficacia de las sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho. *REDA*, 177.
- Boto Álvarez, A. (2017). La organización institucional no administrativa en la Ley de régimen jurídico del sector público. En *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado*. Santiago de Compostela: Andavira –Escuela Galega de Administración Pública–Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Boto Álvarez, A. (2018). La determinación administrativa de derechos fundamenta-
- les: autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales. En R. Punset Blanco y L. Álvarez (Coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*. Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Cano Campos, T. (2017). El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez en la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid: INAP.
- Cano Campos, T. (2018). La invalidez de los contratos y su control. En A. Huergo Lora (Coord.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas. I Seminario Internacional de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*. Madrid: Iustel.
- Chinchilla Marín, C. (1993). Nulidad y anulabilidad. En J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Tecnos.
- Delgado Echevarría, J. (2003). Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad. *Derecho Privado y Constitución*, 17.
- Delgado Pinto, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. *DOXA*, 7.
- Díez-Picazo Jiménez, L. M.<sup>a</sup>. (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Díez Sastre, S. (2018). La invalidez de los contratos públicos. En J. M.<sup>a</sup> Gimeno Feliú (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Thomson Reuters.

- García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- García Luengo, J. (2016). *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*. Madrid: Iustel.
- González Sanfiel, A. M. (2017). Límites de la declaración de nulidad del planeamiento. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez en la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid: INAP.
- Guastini, R. (2001). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones*, 2.
- Leiva Escudero, G. (2019). Procedimiento adecuado para el pago por la ejecución de un contrato público nulo. Especial referencia a la indebida utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos. *Actualidad Administrativa*, 3.
- Martínez Fernández, J. M. (2016). *Contratación pública y transparencia*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.
- Menéndez Sebastián, E. M.<sup>a</sup> (2019). *Los límites a la potestad de revisión*. Navarra: Thomson Reuters.
- Moreo Marroig, T. (2018). Reconocimiento extrajudicial de crédito. El art. 60.2 del Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de Fierabrás de la contratación irregular? *El Blog de esPúblico*. Recuperado el 23 de marzo de 2019 de <www.administracionpublica.com>.
- Quadra-Salcedo, T. de la (1999). La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos. *Documentación Administrativa*, 254-255.
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Rebollo Puig, M. (2009). La nulidad en Derecho Administrativo (consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales). *Justicia Administrativa*, 44.
- Rebollo Puig, M. y Carbonell Porras, E. (2018). La revisión de oficio. En M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado (Dir.), *Derecho Administrativo*. Tomo II. (3.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2018a). El retorno del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 206, 37-66.
- Sánchez Morón, M. (2018b). *Derecho Administrativo. Parte General*. (14.<sup>a</sup> ed.). Madrid: Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*. (2.<sup>a</sup> ed.). Madrid: IEA.
- Tardío Pato, J. A. (2017). El mito de los efectos *ex nunc* de la anulación por anulabilidad. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez en la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017. Madrid: INAP.
- Trouilly, P. (2015). Le code des relations entre le public et l'administration, clarifications, simplification, innovations. *Les Cahiers de la Fonction Publique*, 361, 22-45.
- Trouilly, P. (2016). Le code des relations entre le public et l'administration. *RFDA*, 1.