



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

La problemática derivada de los efectos de la contratación verbal en la Administración local.

Joan Coronado Ramos
18012444
Trabajo de Fin de Grado (TFG)
Derecho Administrativo (C0)
Dr. Alfredo Galán Galán
Curso 2019-2020 / 2º Cuatrimestre

Sumario

1. Introducción.....	3
1.1 Motivación Personal.....	3
1.2 Metodología.....	3
1.3 Hipótesis y estado de la cuestión.....	4
1.4 Delimitación del Tema	6
1.5 Marco Conceptual.....	6
1.6 Estructura	7
2. El procedimiento de revisión de oficio.....	8
2.1 Características y efectos de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: la nulidad como presupuesto del procedimiento de revisión de oficio.	8
2.2 Los supuestos legales de la nulidad de pleno derecho.....	9
2.3 El papel del procedimiento de revisión de oficio en nuestro ordenamiento jurídico	11
2.4 Los límites del procedimiento de revisión de oficio.	14
2.5 Los efectos de la revisión de oficio.	15
3. El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	20
3.1 Características de la responsabilidad patrimonial.....	21
3.2 Requisitos para que concurra la responsabilidad patrimonial	22
4. El reconocimiento extrajudicial de créditos	25
4.1 Características del procedimiento y conceptualización.....	25
4.2 El enriquecimiento injusto como fundamento del reconocimiento extrajudicial de créditos: requisitos y análisis jurisprudencial.	27
4.3 Efectos del enriquecimiento injusto: la “teoría del asentimiento”.	28
5. El procedimiento de revisión de oficio como mejor vía procesal para compensar al contratista.....	29
6. La no procedencia de la inclusión del beneficio industrial en la restitución.....	36
7. Conclusiones finales.....	38
8. Bibliografía.....	42



1. Introducció

1.1 Motivació Personal

Mi primer contacto con el Derecho Administrativo se produjo en torno a febrero de 2018, en el aula 31 del edificio Llerdense -un espacio otrora usado como cafetería-. Tuve la suerte de disfrutar de la oportunidad de aprender de un profesor considerado como una eminencia en el campo doctrinal del Derecho Administrativo, un brillante jurista que supo transmitir tanto su vocación por esta rama del Derecho -vilipendiada, por otra parte, por muchos de mis compañeros debido a la complejidad de conflictos competenciales y a la profusión de normativa- como su pasión por la docencia.

Así pues, a partir de ese momento, se despertó en mí un interés profesional por el Derecho Administrativo (que a tantos compañeros desagradaba, pero que a un igual número gustaba) que actúa como salvaguarda de los ciudadanos contra el abuso de los poderes públicos -dada su inherente condición de superioridad- y que regula las relaciones entre la Administración y el ciudadano a través de una serie de mecanismos formales.

Por otro lado, poco después empecé a realizar unas prácticas en el departamento legal de una entidad colaboradora con la seguridad social, donde viví la realidad de la contratación administrativa desde un punto de vista eminentemente práctico.

En consecuencia, el fruto de dicha experiencia laboral, por un lado, y de mi afinidad para asumir los conocimientos teóricos en materia administrativa impartidos en el aula, por otro lado, es lo que me ha llevado a centrar la materia del trabajo en el campo de la Contratación Administrativa.

1.2 Metodología

Para la realización de este proyecto, se ha decidido redactar un trabajo de investigación. El autor llevará a cabo una investigación de campo, esto es, lo que se pretende es resolver la problemática que plantean las hipótesis del trabajo, a la par que se aborda desde una perspectiva general la historia jurídica, la evolución jurisprudencial y otros aspectos que sean pertinentes para presentar el problema con la mayor claridad posible, sin perjuicio de profundizar en todo aquello que entrañe mayor dificultad o esté relacionado íntimamente con el quid de la cuestión.

En primer lugar, el autor pretende dotar al trabajo de investigación de un enfoque teorico-práctico: se combinará el análisis de la Ley, de la Jurisprudencia y, muy especialmente, de la doctrina del campo de la contratación administrativa, haciendo referencia a obras de profesionales del sector que se enfrentan a la problemática realidad que plantea el presente trabajo de investigación, día tras día. Principalmente, pero no exclusivamente, estos consistirán de funcionarios en activo del cuerpo de Interventores, pero también de catedráticos de Universidad y también abogados.



En segundo lugar, ya que el objetivo del autor es tratar de responder a la cuestión que plantea la hipótesis del trabajo, se puede categorizar esta obra como un trabajo de recreación, ya que se pretende dar una visión nueva de un tema que, siendo de actualidad, ha sido investigado ya.

Dada la inherente complejidad, por su envergadura, de cualquier trabajo de investigación, no obstante, la presente obra también bebe de elementos propios del trabajo bibliográfico, en tanto que para comprender el estado de la cuestión es imprescindible recopilar y sistematizar la jurisprudencia relativa a la nulidad verbal del contrato administrativo, acudir a la regulación legal y en especial a los artículos doctrinales para recolectar los distintos puntos de vista presentes en la doctrina.

Por último, cabe decir que el autor seguirá la metodología de trabajo descrita de manera analítica, ya que a partir del estado de la cuestión se analizará el problema en profundidad, aportando la visión del autor y tratando de proporcionar una solución si fuera posible hacerlo.

1.3 Hipótesis y estado de la cuestión

El objeto del trabajo se enmarca dentro de la Contratación Administrativa, uno de los campos del Derecho Administrativo. En particular, se focaliza en la problemática derivada de la nulidad en un contrato verbal para la Administración: ¿cómo compensamos al contratista?

Así pues, el trabajo de investigación parte de la siguiente premisa: la Administración ha celebrado un contrato verbal con un ciudadano -y éste último ha cumplido con sus obligaciones-. Como regla general, la Administración no puede contratar verbalmente, tal y como lo dispone el artículo 37.1 LCSP¹. En consecuencia, el contrato verbal es nulo. Pero... ¿qué sucede con el contratista, que ya ha cumplido su parte del contrato? ¿Y qué camino procesal se ha de seguir hasta que alcanzar la compensación del contratista?

Consecuentemente, la primera hipótesis del trabajo es la siguiente: ¿Cual es el procedimiento más adecuado que debe seguir la Administración para poder llegar a retribuir económicamente al contratista? A tal fin, hay tres opciones. Una primera, que consiste en el procedimiento de revisión de oficio, recogido en los artículos 106-111 de la LPACAP², cuyo fundamento jurídico es la nulidad del acto. Una segunda, que se articula a través de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, fundamentado en la existencia de un daño extrajudicial. Y por último, una tercera, muy frecuente en la práctica: el reconocimiento extrajudicial de crédito como consecuencia de la nulidad del

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (BOE [En línea], núm 272, 09-11-2017, pág 107764.) <<https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/09/pdfs/BOE-A-2017-12902.pdf>. [Consulta: 22 de Febrero de 2020]

² Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE [En línea], núm 236, 02-10-2015, págs. 89693 – 89695). <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10565.pdf>>. [Consulta: 22 de Febrero de 2020]



contrato, cuyo fundamento gira en torno a evitar un posible enriquecimiento injusto de la Administración. En consonancia con la voluntad del autor de descender a un punto de vista más particular donde sea necesario para una mayor comprensión del problema, se procederá a explicar cada uno de dichos procedimientos y su fundamentación más adelante, combinando el análisis legal con aportes jurisprudenciales y doctrinales.

Independientemente de por cual de los procedimientos se acabe decantando el autor, la respuesta a la primera hipótesis nos conduce, inevitable e inmediatamente, a una conclusión que desembocará en la segunda hipótesis que el presente trabajo desea abordar. Habiendo declarado la nulidad del contrato verbal (sin importar el *iter* procesal seguido), la Administración debe proceder a su liquidación³.

La liquidación despliega inmediatamente dos efectos jurídicos. En primer lugar, la restitución, que siempre se da: como el contrato ha sido declarado nulo, de lo que se trata es de restituir la situación jurídica preexistente al contrato. Normalmente, la restitución se se lleva a cabo mediante una prestación económica. En segundo lugar, si hay presente un elemento de culpa, entonces la parte culpable debe indemnizar a la otra por daños y perjuicios. Este último efecto puede darse, o no, en función de si hay presente un elemento de culpa.

En consecuencia, la segunda hipótesis del trabajo es la siguiente: ¿Se debe incluir el beneficio industrial en dicho importe?

El concepto de beneficio industrial se explicará más adelante, pero piénsese en una gran promotora que ha terminado unas obras multimillonarias para renovar una estación ferroviaria, por encargo verbal del alcalde local. El beneficio industrial es la diferencia entre el coste de la obra y el beneficio personal para el empresario. La cuestión no es baladí: si no se incluye, es muy posible que se inflija un perjuicio grave e irreparable a la promotora (la ruina económica, ni más ni menos), pero si se incluye, podría pensarse que la Administración estuviera favoreciendo la contratación nula debido a la falta de consecuencias, ya que a la promotora le dará igual el seguimiento del procedimiento establecido, pues al final acabará cobrando igual.

Así pues, una de las particularidades de este trabajo de investigación, es la presencia de una doble hipótesis. El autor considera que, dada la estrecha conexión que guardan entre sí, deben abordarse ambas para comprender plenamente la problemática que plantea la nulidad de un contrato verbal de la Administración.

En definitiva, esta obra pretende dar respuesta a la pregunta de ¿qué camino procesal debe seguir la Administración para compensar al contratista tras un contrato verbal?, toda vez que busca resolver la cuestión de determinar la cuantía del pago y de si incluir en este el beneficio industrial.

³ Tal y como lo dispone el artículo 42 de la LCSP.



1.4 Delimitación del Tema

El tema objeto de estudio⁴ se enmarca dentro de la Contratación Administrativa. En particular, abordaremos el asunto desde una doble perspectiva: una de carácter procesal, en consonancia con la primera hipótesis del trabajo, y otra de carácter material, a fin de responder a la segunda hipótesis, sin perjuicio de que ambas se intercalen cuando sea necesario para proporcionar una visión más profunda.

Cabe precisar que, respecto al ámbito temporal, el trabajo tiene como base la legislación vigente, en particular la LCSP⁵ y la LPACAP⁶, fechadas en 2017 y 2015, respectivamente. Por lo tanto, se acotará el análisis jurisprudencial a los últimos veinte años, combinando tanto sentencias de órganos judiciales superiores como dictámenes de órganos consultivos⁷, por ser la jurisprudencia de los últimos años de una importancia indiscutible, ayudando a precisar e interpretar conceptos jurídicos que se utilizarán en el presente trabajo con frecuencia.

Partiendo de la premisa de un contrato administrativo verbal, se procederá a estudiar individualmente los caminos procesales al alcance de la Administración para declarar formalmente la nulidad. Hecho esto, el trabajo concluirá tratando de dar respuesta a la segunda hipótesis, a través del estudio del concepto de beneficio industrial y de las consecuencias que se derivan de su posible inclusión en la restitución.

1.5 Marco Conceptual

Tal y como se ha descrito más arriba, conviene recordar el supuesto de hecho a partir del cual se fundamenta el trabajo de investigación: el contrato suscrito por la Administración de forma verbal es nulo. ¿Cuales son sus consecuencias?

Piénsese, a modo de ejemplo, en una pequeña localidad, el ayuntamiento de la cual se ha quedado sin un servicio de cheques guardería para sus empleados. El alcalde, habla con Manolo, amigo de toda la vida y dueño de una empresa. Le promete una contraprestación económica a cambio de que Manolo proporcione el servicio de cheques guardería. Manolo, acepta.

⁴ Es decir, la problemática derivada de los efectos de la nulidad en materia de contratación verbal de la Administración.

⁵ Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

⁶ Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁷ Principalmente, pero no exclusivamente, dictámenes de la Comissió Jurídica Assesora y del Consejo de Estado.



Otro ejemplo -este,real⁸: el de una compañía telefónica que suministra móviles nuevos a los técnicos informáticos del Ayuntamiento local porque los anteriores se han averiado y necesitan ser reemplazados con urgencia. El Ayuntamiento contrató sin “la tramitación de RC o expediente de contratación [...], ni tampoco petición de oferta a otros posibles proveedores”⁹, es decir, de manera verbal. ¿Qué sucede con la empresa suministradora de los teléfonos, que no tardará en presentar su factura?

Estos dos supuestos tienen en común la misma problemática: el como compensar económicamente una prestación llevada a cabo de manera material pero formalmente nula. Partiendo, en consecuencia, de la premisa descrita, este trabajo tratará de dar respuesta a ambas preguntas.

1.6 Estructura

Con el objetivo de mantener una coherencia expositiva lógica y racional, el trabajo se estructura en cuatro grandes bloques de contenido, precedidos por una introducción. Uno primero, en el cual se describirá el procedimiento de revisión de oficio y se hará especial énfasis en el papel que juega en el ordenamiento jurídico, analizando la nulidad que lo fundamenta junto a sus límites y sus requisitos.

Uno segundo, en el cual se analizará el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que es otra de las vías que puede seguir la Administración para compensar al contratista. Se explicará el procedimiento en profundidad, incluyendo aportes doctrinales y jurisprudenciales,

Uno tercero, en el cual se explicará el procedimiento de revisión de oficio y las notas características que otorgan a esta vía procesal un carácter un tanto peculiar en el ordenamiento administrativo, al igual que la finalidad que busca perseguir este procedimiento.

Uno cuarto, y último, en el cual se tratará de responder a la pregunta de si se debe incluir el concepto de beneficio industrial en la indemnización o no hacerlo, procediendo a estudiar someramente el concepto de beneficio industrial, incluida su fundamentación jurídica. Además, el autor dará su visión sobre cual es el mejor procedimiento para compensar al contratista.

⁸ Dictamen núm. 102/2019, de 5 de Abril de 2019, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. [En línea]. <http://www.ccasturias.es/documentos/2019/dictamen_0102-19.pdf>. [Consulta: 25 de febrero de 2020]

⁹ Ibídem, pág. 2.



2. El procedimiento de revisión de oficio

2.1 Características y efectos de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: la nulidad como presupuesto del procedimiento de revisión de oficio.

La nulidad, en su regulación legal, queda graduada en función de la gravedad del vicio que provoca la nulidad. Así, pues, nos encontramos ante dos tipos de nulidades: una primera, que es la nulidad de pleno derecho, reservada a los supuestos de infracción del ordenamiento jurídico más graves, y una segunda, que son los actos anulables.

El autor prescindirá de analizar la segunda categoría, pues no se ajusta al marco conceptual del que se parte en el presente trabajo (la nulidad del contrato entre Administración y particular realizado por vía oral), siendo un supuesto de acto nulo de pleno derecho más que de acto anulable.

Dicho esto, cabe precisar que esta distinción, doctrinal y teórica en apariencia, no obstante despliega importantes consecuencias en la práctica¹⁰.

Consecuentemente, y entrando en materia, la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en materia de contratación queda regulada legalmente en el artículo 39 LCSP, que nos remite al régimen legal que establece el artículo 47 LPACAP¹¹. Consiste dicho precepto en una enumeración de supuestos de nulidad de pleno derecho; puede ser considerado un precepto de *numerus clausus*, siendo esto así *en coherencia con el carácter excepcional que el régimen legal otorga al vicio de nulidad de pleno derecho*¹². Además, no cabe realizar una interpretación flexible y analógica sobre estos supuestos¹³.

La característica fundamental de la nulidad de pleno derecho es su impacto general en el ordenamiento jurídico, trascendiendo la relación entre dos sujetos en la que se originó. La gravedad de la infracción repercute directamente sobre

¹⁰ Así por ejemplo, respecto de un acto nulo de pleno derecho, la Administración puede iniciar *motu proprio* o a instancia de terceros, un procedimiento de revisión de oficio (106.1 LPACAP) para autodeclarar su nulidad, mientras que si se trata de un acto anulable, lo único que puede hacer la Administración es impugnarlo en vía contencioso-administrativa, previa declaración de lesividad (107 LPACAP).

¹¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE [En línea], núm 236, 02-10-2015). <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10565.pdf>>. [Consulta: 3 de marzo de 2020]

¹² Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Sistema de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, 4ª Edición, 2018, p. 810.

¹³ “[...] No existen otras causas de nulidad de pleno derecho que las expresamente establecidas en la Ley, las cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva”. Sentencia del Tribunal Supremo 333/2017, de 2 de febrero.



el interés general. Es por esto que *el consentimiento del interesado no puede convalidar el acto nulo -a diferencia del acto anulable¹⁴-, porque nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa su propia esfera individual y trasciende al ámbito de lo general¹⁵.*

2.2 Los supuestos legales de la nulidad de pleno derecho

El artículo 47 dispone que serán actos administrativos nulos de pleno derecho:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

El apartado se refiere a los derechos y libertades protegidos por el recurso de amparo ante el TC, aquellos reconocidos en los artículos 53.2 CE y 41 LOTC, como bien nos recuerda Germán FERNÁNDEZ FARRERES¹⁶

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

La interpretación doctrinal de este supuesto hace hincapié en que la incompetencia por razón de la materia o del territorio ha de ser “notoria, clara, evidente, irremediable o palmaria¹⁷”, es decir, manifiesta. Es por lo tanto un criterio de poco rigor: a pesar de la presencia del adverbio *manifiestamente* en la redacción del precepto, lo que para unos puede ser una clara infracción de las normas de delimitación de competencia, para otros puede no serlo tanto.

c) Los actos que tengan un contenido imposible.

Como es de suponer, la problemática que despliega este supuesto en la práctica es nula. Baste decir que la imposibilidad se refiere a una imposibilidad material y no jurídica, ya que “una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a la ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad¹⁸”

d) Los actos que sean constitutivos de infracción penal o como consecuencia de ésta.

La doctrina ha determinado que para que pueda producirse este supuesto, es necesario que el acto en cuestión haya sido declarado constitutivo de infracción en sede de jurisdicción penal. Así, el Dictamen 218/2015: “Para poder apreciar esta causa de nulidad es requisito imprescindible que la jurisdicción penal haya

¹⁴ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, 18ª Edición, 2017. p. 671

¹⁶ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Sistema de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, 4ª Edición, 2018, p. 811.

¹⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, 18ª Edición, 2017p. 671

¹⁸ Sentencia 155/2017, de 2 de febrero, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo y Dictamen 138/2017 de la Comissió Jurídica Assesora.



declarado ilícito penal el mismo acto administrativo, o el elemento que ha jugado un papel imprescindible para la adopción del acto. Este pronunciamiento sólo lo puede emitir la jurisdicción penal y no está al alcance de otros órganos jurisdiccionales y menos todavía de la Administración.¹⁹

En la misma línea se pronuncian los Dictámenes 55/2015²⁰ y 102/2007²¹. En definitiva: antes de invocar este precepto como causa de nulidad, debe de haber necesariamente una sentencia penal en firme que declare la ilicitud del acto.

e) Los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Este tipo de infracción ha sido perfilada en tres categorías: una primera, que se produce cuando un acto es dictado sin ningún tipo de procedimiento (caso de la contratación administrativa verbal), una segunda, que se produce cuando se omite un trámite esencial del procedimiento, y una tercera, que se produce cuando el acto se ha producido de forma distinta a lo que la Ley dispone²².

Así pues, en la práctica esta exigencia se materializa en, por ejemplo, la imposibilidad de rectificar unilateralmente las bases de una convocatoria²³, la imposibilidad de conceder licencias en suelo no urbanizable prescindiendo del planeamiento urbanístico²⁴ o la prohibición de ampliar el objeto del contrato con un objeto nuevo sin abrir una contratación separada, es decir, sin seguir el procedimiento establecido²⁵.

Además, los tribunales han entendido incursos en este vicio los actos dictados en procedimientos que carecen de trámites esenciales o que se dicten en base a un simple informe-denuncia de un funcionario sin más trámites (STS de 18-01-1995), o con omisión de un trámite exigido por el Derecho de la UE.

¹⁹ Dictamen 218/2015, de 9 de Julio, de la Comissió Jurídica Assesora.[en línea]

<<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2015/07/09/218>>

[Consulta: 11 de marzo de 2020]

²⁰ “Para que se dé este supuesto de nulidad absoluta “es preciso que la infracción penal sea declarada por el órgano competente, que no es otro que el de la jurisdicción penal”

²¹ “Esta causa de nulidad tampoco puede prosperar dado que no consta en el expediente ningún pronunciamiento judicial sobre una eventual infracción penal”.

²² Dictamen 34/2018, de 22 de Febrero, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea]

<<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2017/09/28/268>>

[Consulta: 11 de marzo de 2020]

²³ Dictamen 379/2015, de 10 de Diciembre, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea] <<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2015/12/10/379>> [Consulta: 11 de marzo de 2020]

²⁴ Dictamen 268/2017, de 28 de Septiembre, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea]

<<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2017/09/28/268>> [Consulta: 11 de marzo de 2020]

²⁵ Dictamen 87/2007, de 29 de Marzo, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea] <

<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2007/03/29/87>> [Consulta: 11 de marzo de 2020]



g) Cualesquiera otros actos cuando así se establezca expresamente en una disposición con rango legal

Un ejemplo de esta categoría lo constituye el artículo 103.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al disponer que “Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento²⁶”. En realidad, esta causa de nulidad, a juicio del autor, constituye una cláusula abierta, debiéndose entender esto último en el sentido de que habilita al legislador a crear nuevas causas de nulidad a través de las disposiciones legales.

2.3 El papel del procedimiento de revisión de oficio en nuestro ordenamiento jurídico

En nuestro ordenamiento jurídico, la Administración tiene conferida la potestad de anular sus propios actos, dejándolos sin efectos, cuando considere que incurren en nulidad absoluta o de pleno Derecho. En palabras de Machado Muñoz, “se trata de una prerrogativa cuyo ejercicio está sometido a un procedimiento riguroso y tasado, que forma parte de sus potestades de autotutela²⁷”. Así pues, el órgano autor de cualquier acto nulo puede declararlo extinguido -expulsándolo del ordenamiento jurídico-, con el resultado de dejar sin efecto todas las consecuencias jurídicas que haya podido producir.

La capacidad de la Administración para revisar sus propios actos nulos deriva del mandato constitucional del artículo 103 CE. A fin de servir con objetividad a los intereses generales, y en virtud del principio de eficacia, la Administración debe ser capaz de eliminar los actos que vulneren el ordenamiento jurídico con la mayor celeridad posible, a fin de impedir que las consecuencias jurídicas de dichos actos nulos causen un perjuicio a los intereses públicos que ha de salvaguardar.

La regulación del procedimiento de revisión de oficio se encuentra en el artículo 106 LPAC, establecida en los siguientes términos: «Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1».

²⁶ Art. 103.4 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²⁷ Santiago MUÑOZ MACHADO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. 2015. Biblioteca Jurídica Digital. Boletín Oficial del Estado, p. 218 [en línea]. <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2015-75>



A la luz del artículo, queda claro que el procedimiento de revisión de oficio es una facultad de la Administración pública, ejercible a instancia propia o de un interesado: esta iniciativa no tiene plazo, lo que convierte a la acción de nulidad en imprescriptible, al igual que la propia nulidad de los actos a la cual se dirige.

Si el procedimiento de revisión de oficio se inicia a instancia de un tercero interesado, la Administración está obligada legalmente a pronunciarse sobre la solicitud, si bien es cierto que el artículo 106.3 LPAC faculta al órgano competente para que pueda rechazar motivadamente la admisión a trámite de las solicitudes formuladas, inadmitiéndolas sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo correspondiente, siempre y cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como “en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales²⁸”.

Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, este se divide en dos fases diferenciadas: una primera, de instrucción, en la que se recaba el informe del Consejo de Estado o del órgano consultivo correspondiente de la Comunidad Autónoma, además de darse audiencia al interesado, y una segunda, en la que se produce la resolución.

Si el órgano competente, una vez instruido el procedimiento, acuerda no resolver sobre la nulidad o desestima la petición de hacerlo por silencio, la jurisprudencia contencioso-administrativa tiene establecido que la decisión que corresponde adoptar al tribunal competente, en el supuesto de que se recurra por el interesado, será ordenar a la Administración que resuelva²⁹.

En el procedimiento, ha de oírse al Consejo de Estado o al órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Tal y como dice Muñoz Machado, “esta última precisión procede de lo que estableció la STC 204/1992, de 26 de noviembre, que estableció la interpretación definitiva del artículo 107 de la Constitución en el sentido de que el Consejo de Estado no era el órgano consultivo necesario del Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas sino solo del Estado³⁰”. Consecuentemente, la consulta al Consejo de Estado, que era lo único que preveía originalmente la LPAC, solo sería preceptiva para las Comunidades Autónomas en el caso de que no tuvieran constituido un órgano consultivo. El resultado más inmediato de la sentencia fue que todas las CC.AA se dotasen de órganos consultivos propios.

La función de dichos órganos y del Consejo de Estado consiste en emitir un dictamen en el que valore los vicios en que incurra el acto que se pretende anular. La consulta es preceptiva y el contenido de su informe es igualmente vinculante para la Administración que lo solicita, ya que, para que pueda seguirse

²⁸ Artículo 106 LPAC.

²⁹ Santiago MUÑOZ MACHADO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. 2015. Biblioteca Jurídica Digital. Boletín Oficial del Estado, p. 220 [en línea]. <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2015-75>

³⁰ *Ibidem*, p. 221.



el procedimiento, el dictamen ha de ser favorable, es decir, el órgano consultivo ha de apreciar la concurrencia de un supuesto de nulidad. Si esta es la conclusión del órgano consultivo, la Administración está obligada a declarar la nulidad, si es un acto administrativo el objeto del procedimiento, como por ejemplo un contrato verbal; en cambio, si se trata de una disposición general, como un decreto ley, el dictamen, aunque preceptivo, no es vinculante ya que el artículo 106.2 utiliza el término “podrán”.

El procedimiento de revisión de oficio solo puede iniciarse en base a los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o no hayan sido recurridos en plazo en los supuestos previstos en el artículo 47 LPAC.

El principal efecto de la resolución que declara la invalidez del acto o disposición es el de hacer que cese su eficacia de forma inmediata. Esta resolución se presumirá válida y producirá efectos desde la fecha en que se dicte o, en su caso, se notifique o publique³¹.

Otro de los efectos a los que puede dar lugar la declaración de nulidad viene recogido en la Ley. El artículo 106.4 de la LPAC establece que: “las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.”

El precepto viene a decir que la Administración, dentro del mismo procedimiento de revisión de oficio, dispone de la facultad de incluir una indemnización sin necesidad de abrir otro procedimiento distinto de responsabilidad patrimonial, a fin de lograr una mayor economía procesal. Bueno Armijo precisa que “[...] cabría aclarar que la Administración no puede negarse a reconocer la responsabilidad patrimonial que se haya generado. Cuestión distinta es que venga obligada a tramitarla como parte del procedimiento³²”. Es decir, el hecho de que la Administración no reconozca o no haga referencia, en el mismo procedimiento, de manera explícita, a la responsabilidad patrimonial en la que pueda haber incurrida, no significa que dicha responsabilidad haya dejado de existir o no sea exigible: en estos casos, el reclamante deberá interponer una acción de responsabilidad patrimonial e iniciar el correspondiente procedimiento.

Primeramente, puede darse el caso de que nazca responsabilidad patrimonial a causa de una declaración de nulidad absoluta, puesto que al expulsar el acto del ordenamiento jurídico, lógicamente también cesan sus efectos, los cuales pueden haber sido favorables para el particular. En segundo lugar, la responsabilidad podría haber sido originada no por el acto que declara la nulidad,

³¹ Antonio BUENO ARMIJO. *La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 2018, p. 367. [en línea] < <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/492477> >

³² *Ibidem*, p. 376.



sino por el acto que se declara nulo. En este segundo caso, “no serían los perjuicios causados por la eliminación del acto los que generarían la obligación de indemnizar, sino los perjuicios causados por el acto declarado inválido³³”

2.4 Los límites del procedimiento de revisión de oficio.

El procedimiento de revisión de oficio no es omnipotente ni automático: en su mero carácter facultativo se establece ya un primer límite, puesto que debe ser la Administración quien, en ejercicio de su potestad, debe decidir si revisar una disposición aparentemente nula o por el contrario, no hacerlo, atendiendo a las circunstancias específicas concurrentes en cada caso (criterio de oportunidad).

El segundo límite lo establece la propia Ley 39/2015, cuando en su artículo 110 dispone que la revisión de oficio “no podrá ser ejercida 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”

Ateniéndose a realizar una interpretación literal del artículo, este se limita a establecer una serie de supuestos de carácter general y de difícil concreción práctica (equidad, buena fe). Pero tal y como destaca Bueno Armijo³⁴, el propósito de este precepto no es tanto prohibir como moderar la aplicación de la revisión, puesto que las limitaciones legales actúan como parámetros guía que contribuyen a templar el rigor de la actuación administrativa en materia de revisión de oficio.

Un análisis más particular del precepto revela que, de entre las descritas, las circunstancias más relevantes que actúan como límite frente a la potestad de revisión de oficio de la Administración son, en primer lugar, la prescripción de acciones, y en segundo lugar, el paso del tiempo, cuya configuración genérica precisa de jurisprudencia para determinar su alcance y significado.

Respecto a la primera, la referencia a la prescripción de acciones debe entenderse referida, exclusivamente, al procedimiento de declaración de lesividad y posterior impugnación ante los órganos de lo contencioso-administrativo de los actos anulables: el plazo de prescripción de acciones haría referencia al plazo de cuatro años establecido en el artículo 107.2 LPAC para declarar la lesividad de los actos anulables³⁵. Esto es así porque la revisión de oficio de disposiciones de nulo derecho puede emprenderse “en cualquier momento³⁶”: dados los enormes perjuicios que puede provocar en el ordenamiento jurídico una disposición nula de pleno derecho, esta no se convalida por el tiempo (no prescribe) y, en consecuencia, la referencia a la

³³ *Ibíd*em, p. 378.

³⁴ Antonio Bueno Armijo. *La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 2018, p. 378. [en línea]. <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/492477>>

³⁵ *Ibíd*em, p. 379.

³⁶ Artículo 106.3 LPAC.



prescripción de acciones como límite no incluye la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho.

Respecto a la segunda, la referencia al paso del tiempo es tan genérica y difusa que necesariamente uno debe acudir al arbitrio del juez para determinar el concepto. Tradicionalmente en la jurisprudencia se ha venido diciendo que no es posible, como norma general, determinar cuanto tiempo debe de transcurrir para que una situación deje de ser susceptible de ser revisada: el juez decidirá caso por caso, tomando en consideración las circunstancias concurrentes. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado que el paso de diez años desde que se dictó la resolución que puso fin a un proceso de selección de funcionarios no impedía ejercer la acción de nulidad a un candidato que no tuvo posibilidad de conocer los vicios producidos hasta pasado mucho tiempo después³⁷. Y el t Madrid ha considerado contrario a la seguridad jurídica, pero sobretodo contrario a los derechos de los particulares, declarar la nulidad de un contrato pasados tres años y nueve meses desde que se adjudicó³⁸

En definitiva: mientras que, por un lado, en el artículo 106 de la LPAC la Ley otorga la facultad de revisar de oficio actos nulos de pleno derecho “en cualquier momento”, es decir, sin sujeción a plazo, por otro lado, en el artículo 110 de la misma Ley se establece “la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego³⁹.”

Y es que, por último y como hemos visto, el artículo 110 permite que los jueces puedan controlar las potestades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando “por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el trafico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores⁴⁰”.

2.5 Los efectos de la revisión de oficio.

El artículo 42 de la LCSP fija los efectos derivados de la declaración de nulidad en el ámbito de la contratación administrativa, al disponer que, una vez un contrato ha sido declarado nulo, “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.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1199/2014, de 19 de febrero, Sala de lo Contencioso (N.º de Recurso 2770/2011) F.J. Tercero

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 7618/2000, de 8 de octubre, Sala de lo Contencioso (N.º de Recurso 3079/1995) F.J. Quinto

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1096/2018, de 26 de junio, Sala de lo Contencioso (N.º de Recurso 2011/2016) F.J. Quinto.

⁴⁰ Ibídem, F.J. Sexto.



La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Cabe precisar que, en la práctica, la obligación legal de restituir recíprocamente las cosas recibidas en virtud del contrato nulo es de muy difícil cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en el contratista que ha ejecutado una obra de ferrocarril como consecuencia de un contrato nulo. Es por ello que muy frecuentemente las restituciones se efectúan no en especie, si no en dinero, tomando como referencia para la indemnización el valor del contrato. Una pregunta de gran relevancia práctica ha sacudido a la doctrina y la jurisprudencia, dividiendo a ambas en dos corrientes de pensamiento diferenciadas: ¿Cabe incluir dentro de esa indemnización el beneficio industrial?

En un plano más general, la revisión de oficio trae como consecuencia que el acto declarado nulo no ha producido efectos ex tunc, como correctamente recuerda el Tribunal Supremo en su STS 1096/2018:

“La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico”. Continúa el tribunal afirmando que, a modo de ejemplo de lo que ha dispuesto, en materia de subvenciones, la declaración de nulidad, ya sea judicial o administrativa, de una subvención, implica devolver la cantidad recibida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones.

Que un contrato nulo no ha producido ningún efecto es algo que ha sido recordado por el TS en numerosas ocasiones, como por ejemplo en la STS 462/2013 “La nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales antes citadas⁴¹”.

El Consejo Consultivo de Andalucía, en uno de sus dictámenes más recientes, ha aportado reglas más concretas para calcular la indemnización a devolver. Además, establece el momento procesal oportuno para liquidar el contrato:

“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 pacto⁴²”.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 462/2013, de 11 de enero, Sala de lo Contencioso (N.º de recurso 5082/2010), F.J Sexto

⁴² Dictamen N.º 730/2018, de 18 de Octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía [en línea] https://www.malagahoy.es/2018/11/03/Consejo_Consultivo_de_Andalucia.pdf?hash=bce4c255c96349d0b9110d208e17ec2bd41fb100



El consejo consultivo de Andalucía pertenece a la sección de la doctrina que considera que en la restitución no debe incluirse el beneficio industrial. Así lo deja patente en el mismo dictamen: “Junto a lo anterior, y como ha declarado este Consejo de forma reiterada (por todos, dictámenes 18/1995, 23/1996 y 48/1997), la restitución sólo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero sin que quepan los demás resarcimientos 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 35.1 de la LCSP, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó”.

En este caso, la disconformidad del contratista radica, en esencia, en la petición de inclusión en la liquidación del beneficio industrial, lo cual es improcedente con arreglo al criterio mantenido por este Órgano en múltiples dictámenes (entre ellos, el 384/2018, de 23 de mayo, de entre los múltiples que se reflejan en la propuesta de resolución), ya que no es asumible que quien participe en una contratación en libre concurrencia -como le sucede a todo contratista que presta sus servicios en virtud de contratación verbal o simples órdenes de la Administración- ejecutando unidades de obra al margen de las previstas en el proyecto inicial, obtenga beneficio y se enriquezca con actuaciones nulas que, en la práctica, generan un claro fraude de ley en detrimento de otros eventuales concursantes o competidores en la licitación.

Así pues, la contratación verbal en la Administración Pública está terminantemente prohibida por el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público⁴³ al disponer que “Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia”. El fundamento de esta prohibición reside en el principio de formalismo, puesto que el carácter formal de las actuaciones de la Administración posibilita el seguimiento de una actuación predeterminada por la ley, además de ser un pilar sobre el cual se garantiza la seguridad jurídica en el tráfico jurídico entre particular y Administración, puesto que éste sabe de antemano cómo actuará la Administración.

Por desgracia, lo cierto es que a pesar de esta prohibición, continúan produciéndose multitud de casos en la Administración local en los que se contrata prescindiendo de toda formalidad o procedimiento, ya sea por motivos de emergencia -único supuesto, de carácter excepcional, que la ley permite-, ya sea por otra clase de motivos, como una búsqueda de mayor celeridad a la hora de realizar el contrato -casos estos, evidentemente, nulos de pleno derecho-. Para lidiar con estos supuestos, una de las vías procesales que puede recorrer la Administración para declarar la nulidad consiste en el procedimiento de revisión de oficio.

⁴³ Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.



Del hecho de que la contratación verbal no es un fenómeno aislado da buena cuenta la gran cantidad de dictámenes emitidos sobre la materia por los respectivos órganos consultivos de las diversas CCAA. Así, en uno de sus informes⁴⁴, el órgano consultivo de la Generalitat Valenciana dictó que era nula de pleno derecho la contratación verbal de obras no incluidas en el proyecto urbanístico. *“La adjudicación de obras verbalmente o careciendo de crédito suficiente sin que medie declaración de emergencia, por órgano sin competencia para ello, adolece de vicios de nulidad para cuya declaración y efectos debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley 30/1992⁴⁵, de 26 de noviembre.[...]”*.

En la misma línea se pronuncia el Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la contratación verbal de servicios al margen de un contrato existente. Así, dispone que *“puede afirmarse que el acto verbal de adjudicación de los servicios, al margen del contrato en su día suscrito, es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser fuente de obligaciones para la hacienda municipal, por ser insubsanable y no admitir la convalidación”⁴⁶*.

Lo más importante que se extrae de ambos dictámenes es, ni más ni menos, que el fundamento jurídico sobre el cual se edifica el procedimiento de revisión de oficio: la nulidad. Cualquier contratación verbal no realizada al amparo del artículo 120.1 es nula de pleno derecho.

Pero no únicamente son los dictámenes consultivos los que remarcan la importancia de fundamentar el procedimiento de revisión de oficio en la nulidad. Al respecto resulta muy ilustrativo el preámbulo de la Instrucción 2/2012, de la Interventora General y la Directora de la Abogacía: *“La existencia de una causa de nulidad hace que la vía adecuada sea la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, con exclusión de otras que según las circunstancias podrían servir para fundamentar el pago de la cantidad reclamada por el contratista a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, como por ejemplo el reconocimiento de una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración.”*

La tramitación de un procedimiento de revisión de oficio, no obstante, se debe tratar y se trata como una medida extraordinaria, como algo tan excepcional como la propia existencia de una nulidad absoluta: esto se debe a que la Administración tiene el poder de dejar sin efecto sus propias disposiciones al margen de cualquier intervención de los tribunales contencioso-administrativos, es decir, prescindiendo de un posible control judicial.

⁴⁴ Informe 9/2014, de 24 de noviembre de 2014, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana

⁴⁵ Disposición substituida por el artículo 47 de la presente LCSP.

⁴⁶ Dictamen 140/2004, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia [En línea]

<<http://dictamenes.consejoturidicmurcia.com/dictamen/verdictamen/page/1>> [Consulta: 9 de abril de 2020]



En esta línea no es de extrañar, pues, que la Comisión Jurídica Asesora⁴⁷ haya afirmado lo siguiente: “Esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Así pues, siendo en todo momento la nulidad absoluta el fundamento del procedimiento de revisión de oficio, otro rasgo esencial que presenta esta vía procesal es su carácter de excepcionalidad, un “cauce de utilización extraordinario y limitado, que no puede ser utilizado como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios⁴⁸”

Y es que se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como señala la Sentencia 365/2006⁴⁹, se trata de confrontar dos exigencias contrapuestas, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica por los que solo procede la revisión en “concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”.

Por último, también para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016) se trata de un medio extraordinario de revisión que debe ser interpretado de forma restrictiva.

⁴⁷ Dictamen 445/18, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid [En línea] <<https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/dictamenes/2019/dictamen%2520445-18%2520des.pdf>> [Consulta: 10 de abril de 2020]

⁴⁸ Sentencia 4141/2013, de 19 de julio de 2013, Sección 7.ª de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo (N.º de Recurso 822/2011), A.H IV.

⁴⁹ Sentencia 365/2006, de 17 de enero de 2006, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (N.º de Recurso 776/2001), F.J. 4



3. El procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

El procedimiento de responsabilidad patrimonial faculta al particular para exigir a la Administración un resarcimiento a causa de un daño o perjuicio sufrido como consecuencia de un acto o de una omisión por parte de la A.P. El concepto de responsabilidad consiste en el “deber de reparar las consecuencias lesivas que para otro se ocasionan por hechos que no tiene el deber de soportar y que son imputables al responsable⁵⁰”. La responsabilidad puede surgir en sede contractual o extracontractual; en el caso de la contratación verbal, al ser nula, no hay contrato, por lo cual la responsabilidad siempre nacerá de manera extracontractual.

El fundamento de la capacidad de exigir responsabilidad a la Administración se fundamenta, por un lado, en el principio de solidaridad, ya que como bien dice Cosculluela, “no sería justo que un solo sujeto lesionado tuviera que hacer frente a las consecuencias lesivas de los actos de los Poderes Públicos⁵¹”. La admisión de la responsabilidad administrativa repercute el daño causado en toda la colectividad a través de los ingresos públicos, previamente recaudados vía tributos, con los que debe hacer frente a la indemnización u obligación que termine derivándose de la responsabilidad. Por otro lado, se fundamenta -o más bien, refleja- el carácter del derecho administrativo como herramienta garante de los derechos del individuo frente a los de la Administración y como salvaguarda contra la arbitrariedad de los poderes públicos, puesto que permite al ciudadano perjudicado exigir una indemnización al poder público, y por el mero hecho de poder hacerlo, establecer un mecanismo de control de los actos de la Administración.

De hecho, la responsabilidad de las Administraciones está regulada en nuestra Carta Magna: así, el artículo 106.2⁵² dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Del precepto constitucional deriva el rasgo esencial de esta institución, que consiste en la existencia de una lesión como consecuencia del funcionamiento normal de un poder público, quedando excluida la posibilidad de resarcirse en caso de fuerza mayor.

La responsabilidad administrativa tiene una regulación común a todas las Administraciones Públicas, que a su vez queda plasmada en dos textos legales

⁵⁰ Luis Cosculluela Muntaner. *Manual de Derecho Administrativo*. 2018, Editorial Civitas S.A., 29.^a edición. Lección 20 [en línea – CRAI].

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, n.º 311 [en línea] < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>



distintos: la LRJSP⁵³ determina la regulación material -principios por los cuales se rige- y la LPAC las cuestiones más procedimentales.

Respecto a la primera, cabe decir que el artículo 32 LRJSP se limita a reproducir el artículo 106.2 CE, con una ligera adición: el daño sufrido ya no puede ser solo como consecuencia de un funcionamiento normal del poder público, sino también del anormal; además, se excluye la posibilidad de indemnización en los casos en los que la ley disponga que el particular debe soportar la carga como deber jurídico. Por lo demás, el precepto coincide con el recogido en la Constitución.

3.1 Características de la responsabilidad patrimonial

Tal y como dice Cosculluela, la responsabilidad de las Administraciones Públicas es “siempre directa, y no subsidiaria, por los daños producidos por la actividad de sus autoridades y funcionarios, debiéndose dirigir la acción contra la propia Administración Pública en todo caso⁵⁴”.

Consecuentemente, la responsabilidad nace siempre que el daño sea causado por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. Cabe entender servicios públicos en su sentido más amplio posible: esto es, entendidos como actividad de cualquier naturaleza de la Administración Pública, y también en los casos de inactividad en que se incumple una obligación de actuar, como seguir determinados cauces formales predeterminados por la ley en un determinado procedimiento. Si nos limitásemos a entender servicios públicos como un conjunto determinado de órganos de la administración, en mi opinión, contribuiríamos a desnaturalizar el fundamento de la responsabilidad, que no es otro que el de reparar un daño causado, por incurrir en una perspectiva demasiado rigorista que en la práctica dificultaría el resarcimiento del perjudicado.

La responsabilidad se objetiviza, lo que significa que el legislador español ha dejado de basar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la culpa como fundamento único del deber de indemnizar. Como señala Cosculluela, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho español ni es puramente objetivo, lo que supone prescindir de cualquier título que justifique la responsabilidad para basarse exclusivamente en la existencia del daño, ni es prevalentemente subjetivo.

El concepto de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos engloba varios títulos que fundamentan el deber de indemnizar⁵⁵:

⁵³ Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, de 2 de octubre de 2015. N.º 236 [en línea]

<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>>

⁵⁴ Luis Cosculluela Muntaner. *Manual de Derecho Administrativo*. 2018, Editorial Civitas S.A., 29.ª edición. Lección 20.4 [en línea – CRAI].

⁵⁵ *Ibidem*



a) La lesión que justifica el deber de indemnizar los daños accidentalmente ocasionados en aras de salvaguardar el interés público (por ej. la ocupación de una calle por motivo de obras que dificulta el negocio a los comerciantes de la zona, o impide materialmente el acceso a una tienda.

b) El riesgo que se produce cuando el hecho dañoso deriva de la realización por la Administración de actividades peligrosas (por ej. los fuegos artificiales organizados por la Administración que producen un incendio⁵⁶);

c) La culpa de la autoridad o funcionario que no guarda la debida diligencia o el servicio funciona defectuosamente porque se aleja de los estándares medios de calidad exigible (por ej. el bache de la carretera no señalizado que se produce por un defectuoso mantenimiento de la vía o la infracción de la *lex artis* en el ámbito médico-sanitario).

d) La violación del principio de buena fe que genera confianza en la conducta que previsiblemente debe seguir la Administración en cumplimiento del principio de predeterminación legal (la simple tolerancia en situaciones anteriores no genera confianza); y la responsabilidad que deriva del incumplimiento de deberes específicos en el seno de un procedimiento administrativo (por ej. la ausencia de realización de unos trámites preceptivos en el marco de un procedimiento, o haber prescindido totalmente de este).

Todas las causas expuestas suponen ejemplos de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; las únicas causas que exoneran de responsabilidad directa de la Administración son, primero, aquellas en las que el daño se produce como consecuencia de fuerza mayor, y segundo, aquellas en las que ciudadano tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la Ley, como por ejemplo el recargo de un tributo. En todo caso, el daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a la persona o grupo de personas.

3.2 Requisitos para que concurra la responsabilidad patrimonial

Para que concurra responsabilidad patrimonial de la Administración, han de producirse ciertos requisitos. Estos son:

1) La existencia de un hecho imputable a la Administración: es suficiente acreditar que el daño causado se haya producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a una entidad pública

2) Un daño antijurídico, entendido como detrimento patrimonial injustificado que el que sufre no tiene el deber jurídico de soportar⁵⁷. Pero como bien hemos dicho, existen otros daños, causados como consecuencia de la prestación de un servicio o del desarrollo de una actividad pública, que los ciudadanos tienen la

⁵⁶ *Ibídem*

⁵⁷ Carmen PIEDAD BRONCANO. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. Universidad de Extremadura. Anuario de la Facultad de Derecho, N.º 24, 2006, p. 116 [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2163711>>



obligación de soportar, por tratarse de cargas inherentes a la propia prestación del servicio, y que no dan derecho a indemnización. Esto cobra especial relevancia en los daños causados por la anulación de actos administrativos: y es que el artículo 32.1 de la ley 40/2015 dispone que la declaración de nulidad por parte del órgano administrativo (o jurisdiccional) de cualquier disposición administrativa no presupone, por sí misma, el derecho a indemnización. De hecho, el TS ha afirmado⁵⁸ que la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos de la responsabilidad patrimonial.

En esa misma sentencia, continúa el tribunal, se dice que “resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos”.

En consecuencia, la conclusión más importante que se extrae de esta sentencia es que nos proporciona el criterio de razonabilidad de la actuación de la Administración para valorar la antijuridicidad del daño, esto es “para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles”. Dichos parámetros consisten en verificar si la decisión de la Administración refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, debiéndose entender razonable como destinada a satisfacer los intereses generales para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita.

3) La existencia de una relación de causalidad entre la acción o la omisión de la actividad administrativa y la lesión producida. El nexo de causalidad debe de ser directo: por lo tanto, se excluye el daño ocasionado por funcionarios en su vida privada.

A fin de determinar la existencia dicha relación, debe hacerse referencia a la Teoría de la pérdida de oportunidad⁵⁹, que se utiliza en los casos en los que sólo resulta claro que de no haber mediado la actuación irregular de la Administración, por acción o por omisión, el perjudicado hubiera tenido la oportunidad de obtener un beneficio. Son casos en los que no puede apreciarse claramente la existencia de un nexo causal entre dicha actuación y las posibilidades de obtención del beneficio esperado⁶⁰. Por ejemplo, los supuestos de exclusión indebida en un procedimiento de contratación, en los que no puede afirmarse con toda

⁵⁸ Sentencia 455/2009, de 16 de febrero de 2009, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo [N.º de Recurso 1887/2007], F.J 4.

⁵⁹ Luis Cosculluela Muntaner. *Manual de Derecho Administrativo*. 2018, Editorial Civitas S.A., 29.ª edición. Lección 20.4 [en línea – CRAI].

⁶⁰ *Ibidem*.



seguridad que el licitador excluido perdió la adjudicación del contrato⁶¹, pero sí que perdió la posibilidad de que le fuera adjudicado. Según el planteamiento tradicional jurisprudencial, la incertidumbre que afecta a estos supuestos ha de resolverse por la solución extrema del todo o nada: o se reduce el estándar de la prueba para afirmar la existencia del nexo causal y se concluye que debe repararse el total del daño producido, o por el contrario se mantiene dicho estándar negando el nexo causal y, por ende, se niega la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En mi opinión, la teoría de la pérdida de oportunidad permite encontrar una solución intermedia, porque supone una especie de relativización de la carga de la incertidumbre: es cierto que se reconoce la responsabilidad de la Administración, pero dicha responsabilidad se circunscribe a la probabilidad de que su acción o omisión indebida fuera la causa de la pérdida del beneficio esperado.

4) El daño debe ser efectivo y evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas: el artículo 32.1.2 LRJSP viene a decirnos que el daño debe de haberse producido materialmente: por lo tanto, no es aceptable -es decir, la Administración no responderá- un daño que sin haberse producido, es posible que llegue a producirse en un futuro más o menos cercano. Además, el daño debe de ser cuantificable, y debe de ser individualizable para el reclamante, porque el derecho Administrativo no considera como daño el perjuicio que debe ser soportado por todos los ciudadanos.

La lesión o el daño debe haberse producido realmente para que se origine responsabilidad administrativa, sin que baste, por tanto, que la lesión pueda preverse que puede llegar a producirse en un futuro más o menos cercano. Además de la realidad del daño, quien reclama la responsabilidad debe cuantificarlo, aunque dicha cuantificación puede diferirse al período de prueba o incluso en el proceso administrativo a la fase de ejecución de sentencia⁶². Y, finalmente, el daño debe estar singularizado para todos y cada uno de los reclamantes, puesto que no se consideran daños los perjuicios que deben soportar todos los ciudadanos. Por último, dentro del concepto de daño se admite tanto el lucro emergente como el daño cesante⁶³.

⁶¹ Pues puede perfectamente ser el licitador que mejor oferta hubiere presentado, pero dada su exclusión indebida, ni siquiera opta a la adjudicación.

⁶² Luis Cosculluela Muntaner. *Manual de Derecho Administrativo*. 2018, Editorial Civitas S.A., 29.ª edición. Lección 20.4 [en línea – CRAI].

⁶³ Luis Martín Rebollo. *Manual de las Leyes Administrativas*. 2018, Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición. Capítulo XI. [en línea – CRAI].



4. El reconocimiento extrajudicial de créditos

4.1 Características del procedimiento y conceptualización

El reconocimiento extrajudicial de créditos se configura como un procedimiento excepcional, conducente a la conversión de actos que conforme al ordenamiento jurídico son nulos de pleno derecho. No obstante, esta invalidez de los actos administrativos no exime a la Administración de la obligación de abono de las prestaciones realizadas por un tercero a su favor, en virtud de un principio general del derecho según el cual nadie puede enriquecerse en detrimento de otro, esto es, la teoría del enriquecimiento injusto. Por tanto, la nulidad absoluta de la actuación administrativa tiene como consecuencia la imposibilidad de que se deriven obligaciones, lo que no exime de la obligación de abonar las prestaciones efectuadas.

Así pues, el reconocimiento extrajudicial de créditos se fundamenta en el enriquecimiento injusto. En sede de contratación verbal, por ejemplo, el hecho de no retribuir unas obras ya ejecutadas por el contratista genera, cumpliendo determinados requisitos que han determinado doctrina y jurisprudencia, un enriquecimiento injusto en la Administración. En consecuencia, nace la obligación de pago.

En esta línea, cabe recordar que el TS ha afirmado que “las obligaciones nacen no sólo de los contratos sino de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos⁶⁴” y que este precepto, contenido en el artículo 1088 del Código Civil, es también aplicable a los actos en que interviene la Administración y “[...] específicamente en aquellos supuestos en que la Administración consiente una actividad del particular que la beneficia, al margen de los procedimientos legalmente establecido. Es [...] improcedente denegar su importe fundándose en vicios formales que le son a ella imputables, pues se llegaría a la inadmisibile conclusión de que después de haber incumplido la Administración sus propias normas, y haberse beneficiado de la actividad del particular, no tendría que pagar su contraprestación, precisamente por haber incumplido sus normas⁶⁵”.

Es decir, el tribunal está excluyendo la ausencia de procedimiento administrativo como fundamento para no pagar al contratista tras haber realizado estas obras que pactaron verbalmente: siendo este un caso clarísimo de enriquecimiento injusto, lo que no puede hacer la Administración después de haberse visto beneficiada por la realización de las obras es alegar que, dado que no hay expediente de contratación, no se puede pagar. Más teniendo en cuenta que ha sido la propia Administración quien, en primer lugar, se ha saltado sus propias normas de procedimiento.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 14405/1986, de 22 de septiembre de 1986, Sala de lo Contencioso, F.J Tercero.

⁶⁵ *Ibidem*.



De hecho, Rebollo Puig indica que⁶⁶, en el Derecho Administrativo, al igual que en el Derecho Civil, la jurisprudencia y la doctrina han señalado el enriquecimiento injusto como “una concreta fuente de obligaciones diferenciadas de las que tienen su origen en otros institutos como los contratos o la responsabilidad por daños patrimoniales⁶⁷”, que genera “una obligación de restitución del valor de la ventaja ingresada en virtud de una atribución patrimonial sin causa que, pese a su anomalía, se consiente o consolida por el ordenamiento⁶⁸” esto es, una obligación a restituir una cantidad indebidamente recibida (“sin causa”).

Lacruz⁶⁹ describe la obligación de restituir lo recibido derivada del enriquecimiento injusto: “No es contractual (pues no proviene de contrato), ni delictual (pues aunque en su nacimiento parte a veces de un acto ilícito, la obligación surge con independencia de la ilicitud), ni legal (pues media siempre un hecho actual en su originación)⁷⁰”

Además, el Consejo de Estado ha señalado⁷¹ que “debe quedar a salvo el eventual derecho de la contratista a que se le liquiden los trabajos ejecutados y recibidos [...] lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes, es configurar esta situación como cuasicontrato de gestión de negocios ajenos (negotiorum gestio) en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasicontratista (...) disponiendo éste de una actio in rem verso en el enriquecimiento sin causa...”

En este dictamen, el Consejo de Estado ha asimilado la situación de pactar unas obras sin cobertura contractual como cuasicontrato, lo que comporta el nacimiento de la obligación para la Administración (derivada del cuasicontrato) de retribuir al contratista, pese a que no haya contrato que ampare tal obligación.

⁶⁶ Manuel REBOLLO PUIG. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.1994. Pág. 161.

⁶⁷ Laura CEBRIÁN HERRANZ y Jesús Ignacio PASCUAL MARTÍN. *Obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato: enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial*, Revista Jurídica de Madrid, pág. 8 [En línea]
<<http://www.madrid.org/revistajuridica/attachments/article/129/OBRAS%20EJECUTADAS%20SIN%20COBERTURA%20CONTRATO.%20ENRIQUECIMIENTO%20INJUSTO%20Y%20RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL.pdf>> [Consulta: 26 de abril de 2020]

⁶⁸ *Ibídem*

⁶⁹ Jose Luís LACRUZ BERDEJO. *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969. Pág. 579.

⁷⁰ Cabe matizar que ya no es una obligación ex lege. La obligación de restituir nace ahora de la Ley, con la introducción del artículo 32.1 LRJSP

⁷¹ Dictamen 1026/2009, de 16 de julio, del Consejo de Estado [En línea]

<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1026>> [Consulta: 26 de abril de 2020]



4.2 El enriquecimiento injusto como fundamento del reconocimiento extrajudicial de créditos: requisitos y análisis jurisprudencial.

La STS de 11 de mayo de 2004⁷² ha recogido y sistematizado los requisitos necesarios para que tenga lugar el enriquecimiento injusto. Estos son:

- a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.
- b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido siempre, que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.
- c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. Esto es: al enriquecimiento de una parte siga un correlativo empobrecimiento de la otra.
- d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

A esta teoría general, se ha de añadir un requisito especial propio de la contratación administrativa: las obras -contrato verbal arquetípico- deben de tener origen en la Administración o esta debe consentir la ejecución de las mismas.

No obstante, cabe relativizar la exigencia de estos cuatro requisitos generales. En palabras de Rebollo Puig, “ni siempre se exigen rigurosamente ni exactamente, con los mismos caracteres, ni son los únicos que se exigen⁷³” Esto es: ni se acepta el enriquecimiento injusto en toda su plenitud -recordemos que es una construcción civilista- ni se exigen todos los requisitos ni el significado de estos es el mismo en todos los casos en los que se fundamenta el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones.

Ello se debe a que “muchas sentencias invocan indebida e impropia mente el enriquecimiento injusto como un principio de pura equidad y no como una específica fuente de obligaciones⁷⁴”. Y aún cuando reconocen el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones en los fundamentos jurídicos de sus sentencias, los tribunales, en mi opinión, suelen confundir el enriquecimiento injusto con otras instituciones, similares pero no iguales, como puede ser el cobro de lo indebido o la responsabilidad extracontractual.

⁷² Sentencia 3180/2004 del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2004, Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª, F.J. Cuarto (N.º de recurso 3544/1999)

⁷³ Manuel REBOLLO PUIG. *Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho Administrativo*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 12 de Octubre de 2006, p. 7.

⁷⁴ *Ibidem*.

4.3 Efectos del enriquecimiento injusto: la “teoría del asentimiento”.

El enriquecimiento injusto puede ser positivo⁷⁵ (es decir, cuando hay lucro emergente) si hay incremento patrimonial (ya sea por incremento del activo o disminución del pasivo) y también negativo (el daño cesante) cuando se evita una disminución patrimonial -esto es, cuando la Administración se ahorra un gasto- y al mismo tiempo obtiene una utilidad que no necesariamente pasa a formar parte del patrimonio de manera tangible, como por ejemplo la utilización de cosa ajena o cuando la administración hace suya una obra que queda indisolublemente incorporada a los bienes de la propia administración. En la práctica histórica, esta exigencia se ha aplicado con rigor, entendiendo que faltaba enriquecimiento injusto cuando el edificio construido se derrumbó⁷⁶ (pues al no haberse integrado en el patrimonio de la administración no puede producirse incremento patrimonial) o “cuando no ha quedado acreditado que tal servicio repercutiera en beneficio de la administración⁷⁷”. Pero a veces el rigor se relaja: tal y como dice Rebollo Puig, “[...] en otras ocasiones el enriquecimiento se entiende producido sin que realmente quede clara su concurrencia: así, ante la elaboración de un proyecto arquitectónico para unas obras que la administración finalmente decidió no acometer”

Por último, el requisito específico de la contratación administrativa de que la Administración debe haber consentido la ejecución de la prestación consiste en algo similar a lo que la doctrina francesa llama el “asentimiento⁷⁸”, es decir, que la Administración enriquecida manifieste, tácitamente o de forma explícita, su conformidad con la actividad que ha llevado a cabo el empobrecido. Es un consentimiento que necesariamente debe producirse para apreciar enriquecimiento injusto en la contratación administrativa, aunque este asentimiento provenga de un órgano no competente, o que no haya seguido los cauces procedimentales previstos para ello, o que, en definitiva, se haya producido al margen de toda formalidad.

Así se desprende de la jurisprudencia administrativa, y cabe concluirlo con carácter general; teniendo en cuenta, no obstante, que existen excepciones a esta necesidad de asentimiento: así, supuestos como el del “poseedor de buena fe y a título de dueño de bienes de la Administración que realiza mejoras sobre dichos bienes enriqueciendo a la Administración que finalmente los recupera⁷⁹” o cuando el particular realice actos considerados absolutamente imprescindibles o urgentes. En estos casos, no es que se produzca una ausencia de consentimiento, si no que cabe entenderlo implícito.

Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia, precisando que debe mantenerse un equilibrio económico en el cumplimiento de un contrato entre Administración y particular, y que “el desequilibrio ha de estar constituido por

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 8.

⁷⁶ STS de 23 de diciembre de 1946.

⁷⁷ STS de 20 de enero de 1971.

⁷⁸ Manuel REBOLLO PUIG. *Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho Administrativo*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 12 de Octubre de 2006, p. 9.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 13.



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 Administración⁸⁰

A modo de ejemplo, la sentencia recoge jurisprudencia anterior, recordando que son actuaciones de la Administración que suscitan en el particular la creencia de que existe un deber de colaboración las siguientes⁸¹: una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes verbales de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Como indica Vicente González⁸², “producida una contratación que se encuentra viciada de nulidad, lo que no es en ningún caso procedente es la tramitación de un expediente administrativo de contratación con la exclusiva finalidad de adjudicar unas obras ya realizadas a la misma empresa que las efectuó, por lo que puede afirmarse que de existir claros e inequívocos antecedentes de la prestación realizada, y de los vicios en que la misma ha incurrido la Administración, ésta debe, como primer paso, proceder a su reconocimiento y posterior abono en aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, teniendo al mismo como fuente de la obligación de pago”.

5. El procedimiento de revisión de oficio como mejor vía procesal para compensar al contratista.

El principal problema que presenta la cuestión es encontrar una solución jurídica definitiva para el supuesto típico en el que una empresa ha prestado materialmente unos servicios encargados verbalmente por parte de la Administración, pero esta última no ha hecho efectiva una contraprestación. Como hemos ido viendo a lo largo de los apartados donde se explicaba cada vía procesal, tanto la doctrina, como la jurisprudencia como los diferentes órganos consultivos están de acuerdo en que cualquier posible solución debe asegurar el equilibrio económico entre las partes. En consecuencia, a fin de evitar que la Administración vea aumentado su patrimonio sin justificación jurídica, cabe imponerle la obligación de compensar económicamente al contratista por el servicio que materialmente ha llevado a cabo.

Sin embargo, y como bien recoge el Dictamen 131/2020, de 5 de mayo, “cabe constatar la existencia de una controversia en relación con el fundamento de esta obligación (la nulidad del encargo y por tanto, del contrato verbal; la producción

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 8636/2007, de 18 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso, F.J. Cuarto [N.º de recurso 11199/2004]

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² José Luís DE VICENTE GONZÁLEZ. *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*. Revista de Administración Pública, Madrid, N.º 168, pág. 421.



de un daño a una empresa; o la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración) y de la vía procedimental a seguir (revisión de oficio, responsabilidad patrimonial de la Administración, reconocimiento extrajudicial de créditos o enriquecimiento injusto)”

Pues bien: tras haber realizado un estudio de las diferentes vías procesales al alcance de la A.P, me decanto por la revisión de oficio como vía para compensar al contratista por los siguientes motivos:

1) En primer lugar, el régimen legal de la revisión de oficio es, a mi juicio, el más completo para tramitar supuestos de contratación verbal. Cuando la Administración adjudica un contrato de manera verbal, contraviniendo expresamente la prohibición que la LCSP establece en su artículo 39, o adjudica un contrato sin haber seguido el procedimiento a tal efecto establecido en la LCSP, incurre en una causa de nulidad de pleno derecho. En virtud del principio de legalidad, y en aras de la seguridad jurídica, la Administración está obligada a actuar según la manera predispuesta por la ley: esto es, de conformidad con el capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, iniciando un procedimiento de revisión de oficio.

Hay que ser plenamente conscientes de que la Administración no puede determinar discrecionalmente cual ha de ser el procedimiento. No puede haber margen de discrecionalidad para ello, dado que hay una regulación específica en la LCSP, que incluye la propia declaración de nulidad y sus efectos. La Administración está vinculada al principio de legalidad: ante un supuesto de hecho, el poder público debe actuar como, y únicamente como, le dice la Ley. A diferencia de un procedimiento de responsabilidad patrimonial o un reconocimiento extrajudicial de créditos, en materia de contratación pública la revisión de oficio ofrece de manera especial y particular “mecanismos jurídicos suficientes para garantizar el restablecimiento del equilibrio económico de las partes de un contrato nulo: obligación de restitución de las prestaciones y obligación de indemnización de daños y perjuicios⁸³”

Por tanto, la existencia de una causa de nulidad hace que la vía adecuada sea la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, con exclusión de otras que en función del caso podrían servir para fundamentar el pago de la cantidad reclamada por el contratista a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, como por ejemplo el reconocimiento de una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con sujeción a la normativa específica contenida en el artículo 32 de la LRJSP.

⁸³ Dictamen 131/2020, de 5 de mayo, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea]. Pag. 21, F.J. VII5
<http://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/actualitat/Ultims_dictamens/2020/5_maig/dictamen-0131-2020-12876.pdf> [Consulta: 9 de junio de 2020]

2) En segundo lugar, cuando nos encontramos ante la situación de una contratación verbal, sabemos que la Administración ha actuado de forma ilegal, al prescindir totalmente del procedimiento. En este supuesto nada impide al contratista perjudicado iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial ya que fácilmente se cumplen los requisitos para exigirla: así, existe claramente un daño imputable a la omisión de la Administración, se puede establecer sin ninguna dificultad un nexo casual entre la ausencia de procedimiento y daño causado, y el carácter del daño sería antijurídico. Pero es en el tratamiento del daño antijurídico donde considero que el procedimiento de revisión de oficio es superior para compensar al contratista. Porque tal y como hemos explicado más arriba, el daño antijurídico debe entenderse como detrimento patrimonial injustificado que el contratista no tiene el deber jurídico de soportar.

Y aquí está el problema: a pesar de que el ordenamiento jurídico se ha visto mancillado por una disposición semejante, el procedimiento de responsabilidad patrimonial supone un parche, no una solución. El procedimiento de responsabilidad patrimonial busca como fin último la reparación de un daño a un individuo particularizado, no a toda la colectividad; la revisión de oficio, en cambio, busca garantizar la legalidad y un ordenamiento jurídico íntegro, entendiendo íntegro como libre de disposiciones nulas o ilegales. Tal y como dice la STS 297/2018, “el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla⁸⁴”.

Es decir, el procedimiento de responsabilidad patrimonial no entra a analizar si la conducta es nula o no, legal o ilegal. Esto lo veo como un inconveniente, puesto que cuando nos encontramos ante una contratación verbal, de lo que se trata no es únicamente de reparar el perjuicio de un individuo, sino de ir “más allá” solucionando el problema de raíz (a través de la declaración de nulidad de un procedimiento de revisión de oficio) a fin, precisamente, de evitar que más particulares se vean perjudicados por los efectos de una actividad administrativa ilegal.

Por otro lado, el principio de responsabilidad de la Administración pública⁸⁵ dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. De hecho, el TS ha dicho que la responsabilidad patrimonial no constituye una vía para obtener indemnización “por lesión de derechos no reconocidos legal y definitivamente, como es el caso de los que no se llegan a declarar una vez depurada la actuación

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 633/2018, de 27 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, F.J. Tercero [N.º de recurso 2981/2016]

⁸⁵ Artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del Sector Público.



administrativa⁸⁶". Si lo fuera, a través del procedimiento de responsabilidad incurriríamos en el riesgo de reconocer los efectos de la contratación verbal. Es decir, si reclamamos responsabilidad patrimonial por el daño causado a consecuencia de la contratación verbal, y se nos concede la restitución, en realidad estamos convalidando de facto la contraprestación que ha llevado a cabo el contratista (una obra por ejemplo), esto es, implícitamente estaríamos afirmando que el contrato verbal ha producido efectos. De ninguna manera esto puede ser precedente, porque la consecuencia más importante de la nulidad en materia de contratación pública (y en Derecho en general) es la no-producción de efectos.

3) En tercer lugar, para explicar por qué creo que el procedimiento de revisión de oficio es mucho más adecuado para compensar al contratista que el reconocimiento extrajudicial de créditos, cabe primero explicar por qué se producen los segundos con tanta abundancia en la práctica. El artículo 60 del RD 500/1990⁸⁷ dispone que "corresponderá al Presidente de la Entidad local o al Órgano facultado estatutariamente para ello, en el caso de Organismos autónomos dependientes, el reconocimiento y la liquidación de obligaciones derivadas de los compromisos de gastos legalmente adquiridos (artículo 166.2 y 4, LRHL)" La definición legal de lo que supone "reconocer" una obligación nos la proporciona el artículo 58⁸⁸: "El reconocimiento de la obligación es el acto mediante el cual se declara la existencia de un crédito exigible contra la Entidad derivado de un gasto autorizado y comprometido".

Nótese el carácter de autorizado y comprometido. Pues bien: cabe recordar que, en materia presupuestaria, la Administración está sometida al principio de anualidad presupuestaria y especialidad temporal, esto es, el presupuesto se debe renovar anualmente y todos los gastos en los que incurra la Administración durante ese año deben ser imputados a una partida presupuestaria⁸⁹. Hay excepciones a la regla general de que todos los gastos deben de estar asignados anualmente: tal y como dice la Interventora Montse Carpio, "se pueden imputar créditos correspondientes a las obligaciones derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos [...] y las obligaciones procedentes de ejercicios anteriores en caso de no exista dotación presupuestaria⁹⁰". Es sobre esta última categoría sobre la cual se suelen fundamentar los reconocimientos extrajudiciales de créditos en contratación administrativa: esto es, el ayuntamiento acaba reconociendo las obligaciones de aquellos gastos que no han sido debidamente adquiridos procedentes de ejercicios anteriores

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 633/2018, de 27 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, F.J. Cuarto [N.º de recurso 2981/2016]

⁸⁷ 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.

⁸⁸ *Ibidem*

⁸⁹ Así lo recoge el art. 176 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

⁹⁰ Vid. Montse CARPIO. *Reconocimiento Extrajudicial de Créditos*. El Blog de Montse (on-line). <<https://www.montsecarpio.es/2019/05/30/reconocimiento-extrajudicial-de-creditos/>> [Consulta 19 de junio de 2020]



Un gasto debidamente adquirido⁹¹ se produce cuando existe consignación adecuada y suficiente dentro del presupuesto, el órgano que gasta es competente y se ha efectuado el procedimiento de contratación adecuado.

En la práctica, cuando los gastos derivados de un contrato verbal no pueden ser imputados directamente al presupuesto municipal vigente por haberse realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se plantean dos opciones en relación con el procedimiento que debe seguirse para abonar el precio de los contratos nulos a los contratistas: los Ayuntamientos pueden reconocer extrajudicialmente el crédito o bien pueden iniciar una revisión de oficio.

En mi opinión, para un Ayuntamiento, es mucho más fácil seguir la vía del reconocimiento extrajudicial a dar el pistoletazo de salida de una revisión de oficio. ¿Por qué? Porque es mucho menos engorrosa: el reconocimiento extrajudicial escapa al control, o como mínimo supervisión, de un órgano externo y además tampoco ha de seguir la serie de instrucciones regladas previstas en la LPAC que constituyen el procedimiento de revisión de oficio, las cuales llevan tiempo y tiempo es un bien precioso del cual los plenos de los Consistorios no suelen disponer.

Pero que sea más fácil y rápido no significa que, a mi juicio, sea correcto. Y en lo que respecta a compensar al contratista, el reconocimiento extrajudicial de créditos no es adecuado por dos motivos: primero, porque se sustenta sobre una base jurídica peligrosa, segundo, porque la actuación de la Administración está predeterminada en la ley y por lo tanto no puede elegir que procedimiento seguir.

Así pues, sobre lo primero, antes he explicado que, de conformidad con el artículo 58, que una Administración reconozca una obligación equivale a constatar la existencia de un crédito que nace como consecuencia de un gasto debidamente “autorizado y comprometido”. A través del reconocimiento extrajudicial, lo que está haciendo el Ayuntamiento es convalidar, de facto, una situación nula. El contrato es nulo y por lo tanto no ha producido efectos, ni obligaciones. Ojo: eso no significa que no exista obligación de indemnizar al contratista, porque sí que existe; lo que digo es que esa obligación de indemnizar no nace “dentro” del contenido material de la obligación, siendo nula, (pues lo nulo no produce efectos), si no que nace ex post, a consecuencia de la nulidad. Si compensamos al contratista en base a un gasto debidamente “autorizado y comprometido” que proviene de algo nulo, en realidad estamos quebrantando la coherencia del ordenamiento jurídico. De lo nulo, nada puede resultar. Por eso he afirmado más arriba que el reconocimiento se sustenta sobre una base jurídica peligrosa o cuanto menos, poco sólida. La nulidad no puede ser convertida en un gasto autorizado y comprometido, porque uno de los requisitos de esa tipología de gastos es que se haya seguido el procedimiento de contratación adecuado. Cuando se ha prescindido totalmente del procedimiento,

⁹¹ En este contexto, “deditamente adquirido” es sinónimo de “gasto autorizado y comprometido”



se incurre en un supuesto de nulidad absoluta y por lo tanto, no cumple el requisito de haber seguido el procedimiento de contratación correcto.

Respecto a lo segundo, si ante la disyuntiva de iniciar una revisión de oficio o bien tramitar un reconocimiento extrajudicial de crédito, el Ayuntamiento se decanta por esta última, pienso que estaría no sólo incurriendo en una arbitrariedad, si no también contraviniendo el principio de legalidad, en tanto que, dictándole la LPAC el procedimiento a seguir -la revisión-, decide no hacerlo. Así lo ha reconocido el Juzgado de 1.^a Instancia de Oviedo, cuando afirma que “la regulación legal no deja lugar a dudas de que si existen causas de nulidad de pleno Derecho procede seguir la vía del artículo 34 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el artículo 102 de la Ley de procedimiento común y solo en otros casos, además de los supuestos en que «no exista dotación presupuestaria» procederá el reconocimiento extrajudicial de créditos por el Pleno municipal⁹²”. Esto es, en casos excepcionalísimos.

Quiero incidir en la importancia de este fundamento: a mi juicio, cuando se trata de actuaciones de la Administración, la forma es tan importante como el fondo. O lo que es lo mismo: no podemos desechar las exigencias formales previstas por la ley en aras de perseguir un pretendido bien superior, un muy frecuentemente invocado “principio de eficiencia, eficacia y economía procesal”. No hay necesidad de traer a colación un abstracto “enriquecimiento injusto” para ser compensado, ni de convalidar de facto una situación nula a través de un reconocimiento extrajudicial de obligaciones cuando el artículo 106.4 LPAC ya regula un procedimiento, de manera sistemática y coherente, conducente al mismo fin: una restitución derivada de la prestación ya realizada.

Esta línea también es compartida por el Consejo de Estado, a juzgar por el Dictamen 1724/2011, donde afirma que “por mucho que la práctica y doctrina anterior a la introducción del artículo 35.1⁹³ en la legislación de contratos hubiese utilizado la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración para evitar un efecto antijurídico (la apropiación por la Administración de unos bienes o servicios sin el correspondiente abono de su precio), lo cierto es que en la actualidad, a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento, esto es, la revisión de oficio⁹⁴”.

⁹² Sentencia 148/2017, de 12 de junio de 2017, del Juzgado de lo Contencioso N.º 4 de Oviedo, F.J. Sexto (on-line) <<https://antonioariasrodriguez.files.wordpress.com/2017/06/st-1482017-juzgado-ca4-oviedo.pdf>> [Consulta 19 de Junio de 2020]

⁹³ Este artículo pertenece a la Ley 30/2007, derogada y sustituida por la LCSP actual. El artículo 35 es idéntico al artículo 42 de la LCSP, que regula los efectos de la nulidad.

⁹⁴ Dictamen 1724/2011, del Consejo de Estado, de 21 de Diciembre de 2011, Consideración 3.^a (on-line) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2011-1724>>



El mismo dictamen continúa remarcando la importancia de seguir el procedimiento que ha establecido la ley expresamente para esta cuestión, y no otro. Así, “los supuestos de nulidad de pleno derecho deben dar lugar a la declaración de tal nulidad a través de los cauces que para ello tiene el ordenamiento (revisión de oficio) para poder procederse a aplicar las consecuencias -la compensación- que el mismo artículo 35 regula para cuando se produzca tal nulidad⁹⁵”.

Pero no únicamente el Consejo de Estado ha llegado a las mismas conclusiones. Resulta ilustrativo que la Sindicatura de Cuentas de Asturias, en uno de sus informes de fiscalización, haya afirmado que “el procedimiento a seguir para regularizar la situación creada por estos actos nulos de pleno derecho no es otro que el previsto en el artículo 102 de la LRJPAC, relativo a la revisión de oficio por la Administración⁹⁶”. Concluye el informe diciendo que “la nulidad absoluta de la actuación administrativa tiene como consecuencia la imposibilidad de que deriven obligaciones contractuales⁹⁷”.

En definitiva, y recapitulando todo lo expuesto: considero que los Ayuntamientos deben acudir a la revisión de oficio antes que al reconocimiento extrajudicial de créditos porque uno y otro tienen distinto fundamento; uno pensado para reparar las consecuencias dañinas de la nulidad, incluyendo la compensación al contratista, y el otro pensado como excepción excepcionalísima al principio de anualidad presupuestaria. Precisamente por ello, por tener distintos fundamentos, en cuanto se inicia un reconocimiento extrajudicial de créditos fundamentado en algo para lo que no fue pensado (subsana la nulidad) la base jurídica que lo sustenta se vuelve quebradiza. Otro motivo es que la actuación de la Administración debe estar predeterminada por la ley: existiendo ya un procedimiento completo y coherente, regulado en el capítulo I del Título V de la LPAC, no cabe margen de maniobra para que la Administración Local acuda al reconocimiento extrajudicial de créditos.

Por último, quiero añadir un inciso final: soy plenamente consciente de que el procedimiento de revisión de oficio fue concebido como una medida excepcional por parte del legislador. Pese a que creo que el Ayuntamiento debe recorrer esta vía para compensar al contratista, lo que no veo aceptable es que se utilice de manera sistemática y generalizada a modo de instrumento “flotador” de las consecuencias de la contratación verbal. Evidentemente, lo ideal es que no se produzca la ilegalidad en primer lugar, pero si esto no fuera posible, veo mejor iniciar una revisión de oficio a que el contratista interponga una reclamación patrimonial a fin de obtener su compensación. La revisión de oficio está diseñada para ser aplicada de manera puntual, excepcional y en base a una interpretación restrictiva; si generalizamos su uso, se incurre en el riesgo de desnaturalizar su

⁹⁵ *Ibídem*.

⁹⁶ Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias. *Informe definitivo de fiscalización sobre las subvenciones, gastos sin consignación presupuestaria y reconocimiento extrajudicial de crédito de los ayuntamientos de Gijón, Oviedo y Avilés*. 2013, pp. 95-96 (on-line) <<http://www.sindicastur.es/upload/informes/IDSubs3Aytos137656.pdf>> [Consulta: 20 de Junio de 2020]

⁹⁷ *Ibídem*, p. 96.



finalidad, perdiendo el carácter de instrumento garante del ordenamiento jurídico general y pasando a ser una mera solución formal para remediar los efectos derivados de una contratación verbal.

Y, teniendo en cuenta la sobreutilización que se ha venido realizando frecuentemente en la práctica del reconocimiento extrajudicial de créditos como procedimiento para saltarse los trámites supuestamente lentos y poco prácticos de la revisión de oficio, el riesgo claramente existe.

Aunque no es objeto de este trabajo de investigación, he pensado que el modo de solucionar el abuso del reconocimiento extrajudicial de créditos es hacer a los funcionarios responsables de sus actos; esto es, exigir responsabilidad a toda aquella autoridad o personal correspondiente que, tal y como describe el artículo 176 de la Ley General Tributaria, “con dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos”. De esta manera, se introduciría una salvaguarda en el ordenamiento y, ante el riesgo de padecer las consecuencias negativas de la contratación verbal en su propia esfera patrimonial personal (es decir, compensar al contratista a cargo de su propio bolsillo), estoy seguro que se reduciría el uso del reconocimiento extrajudicial de créditos.

6. La no procedencia de la inclusión del beneficio industrial en la restitución.

Desde mi punto de vista, no corresponde incluir el beneficio industrial en la restitución que deriva del artículo 42 LCSP, la restitución del valor del contrato como consecuencia de la declaración de nulidad del procedimiento de revisión de oficio, sobre el cual hemos llegado a la conclusión de que es la mejor vía procedimental para compensar al contratista primero, y reparar el daño causado al ordenamiento jurídico segundo.

En primer lugar, y como he dicho con anterioridad, de lo nulo, nada puede resultar. Un contrato nulo no produce, ni ha producido, efectos u obligaciones; se incluyen aquí todos los efectos económicos propios del contrato válidamente celebrado y eficaz. Es cierto que existe una obligación por parte de la Administración de abonar una compensación al contratista, pero la naturaleza de esta obligación no procede del contrato en sí el cual, insisto, no ha producido ningún tipo de efectos, sino de la Ley (en este caso los arts. 35.1 del TRLCSP y 42.1 de la LCSP) que determinan la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, todos los costes (y únicamente los mismos, sin contemplar el margen de beneficio) soportados por quien llevó a cabo el contrato.

En segundo lugar, si defendiera la inclusión del beneficio industrial en la restitución, en realidad estaría apostando por la asimilación material de los



efectos de un contrato nulo a un contrato válidamente celebrado; al fin y al cabo, ambos conducen al mismo destino: el contratista cobra lo que le ha costado la obra o el servicio y además obtiene también el margen de beneficio que hubiera obtenido de haberse seguido el procedimiento correctamente. Esto es del todo inaceptable para mí, pues supone casi una incitación a celebrar contratos verbales nulos porque de facto no se desprende ninguna consecuencia negativa de índole económica de hacerlo. La Administración no debe incentivar conductas antijurídicas.

No hay que olvidar que el procedimiento de revisión de oficio presupone una contratación verbal nula de pleno derecho. Dicho carácter absoluto de la nulidad es tan excepcional como el mismo procedimiento que se debe llevar a cabo para subsanarla: por lo tanto, estando en presencia de un hecho de semejante gravedad, lo que no es correcto es pensar que dicha gravedad no trae aparejada consigo ninguna consecuencia.

Algunos autores, como Vicente González, han defendido la inclusión del beneficio industrial: “Los precios a abonar son los mismos que si se hubiera efectuado correctamente la contratación administrativa, por lo que a los precios unitarios deberían incorporarse los importes correspondientes a gastos generales y beneficio industrial, pues el enriquecimiento de la Administración parece estimarse en el importe total en base al cual hubiera obtenido la misma cosa a través de los procedimientos de contratación legalmente establecido⁹⁸”

Incluso en alguna sentencia el Tribunal Supremo ha mantenido la misma postura: “se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración, el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial⁹⁹.”

Pero como ya he dicho antes, no suscribo la postura mantenida por quienes defienden la inclusión del beneficio industrial porque considero que incluirlo implica favorecer la contratación ilegal, ignorando la gravedad de la nulidad producida y asimilando de facto las consecuencias de un contrato nulo a las de un contrato eficaz.

Resulta sumamente ilustrativo traer a colación el voto particular del juez Pérez-Illzarbe Saragüeta: en una resolución del Tribunal Administrativo de Navarra relativa a la inclusión de beneficio industrial en un contrato verbal de obras, afirma que “Debe evitarse frivolar sobre la cuestión interpretando que si existiera causa de nulidad de pleno derecho en contratación, daría igual, porque el importe consignado en la factura correspondiente ha de pagarse de todos modos. La adopción de tal descabellado criterio constituiría, de hecho, una verdadera incitación a infringir la ley incurriendo sin temor alguno en alguna de las causas de nulidad (ausencia de crédito o de procedimiento) sobre la base

⁹⁸ José Luís DE VICENTE GONZÁLEZ. *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local*. Revista de Administración Pública, Madrid, N.º 168, p. 431.

⁹⁹ Sentencia 4711/2004 del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2004, Sala de lo Contencioso, F.J. Primero (N.º de recurso 2341/2000)



absurda e ilegal, de entender que tales infracciones no pueden tener ninguna consecuencia práctica sobre las obligaciones de pago de la Administración¹⁰⁰

Considero pues, en definitiva, que la compensación al contratista que tenga lugar como consecuencia de la revisión de oficio debe de estar revestida de un carácter de gravedad de conformidad con el carácter de la nulidad.

El último motivo por el no se debe incluir el beneficio industrial en la restitución es por el papel que ha jugado el contratista de copartícipe en la ilegalidad -es decir, ha consentido la ausencia total de procedimiento que ha conllevado a la nulidad-. Es cierto que no se puede imponer a los particulares una carga, un deber legal de conocimiento de todas las posibles irregularidades en las que puede incurrir la Administración; pero no es menos cierto también que habiendo llevado a cabo la prestación, *como mínimo*, ha consentido tácitamente o incluso explícitamente (dolo) entrar en una contratación altamente irregular por su carácter verbal sin haber “dado la alarma” y esto debe ser penalizado, no premiado o ignorado. Teniendo en cuenta que la Administración tiene prohibida la facultad de contratar verbalmente como regla general (artículo 37.1 LCSP), la existencia de o bien dolo o bien negligencia contribuye a fundamentar la no inclusión del beneficio industrial, pues incluirlo a sabiendas de que el contratista tenía pleno conocimiento de que su actuación no estaba amparada por la legalidad y a pesar de ello no hizo nada, equivaldría a premiar e incentivar la contratación irregular, como expliqué antes.

7. Conclusiones finales.

- I. Se ha constatado la existencia, en la práctica, de una problemática relacionada con los efectos del contrato verbal en el contratista: qué vía procedimental debe adoptar la Administración para la adecuada compensación del contratista que ha realizado la prestación.
- II. Dicha compensación trae consigo el problema añadido de determinar si procede incluir el beneficio industrial o no. El beneficio industrial es el margen de beneficio que hubiera obtenido el contratista de haberse llevado a cabo el contrato válidamente.
- III. El procedimiento de revisión de oficio es la primera vía al alcance de la Administración para compensar al contratista. Se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del contrato verbal.
- IV. En el análisis realizado en el primer bloque del trabajo, se ha visto que la finalidad del procedimiento de revisión de oficio es la de reparar un perjuicio general infligido al ordenamiento jurídico a causa de la presencia de una disposición nula.

¹⁰⁰ Resolución N.º 9484 del Tribunal Administrativo de Navarra, de 10 de noviembre de 2010. Voto particular.



- V. Además, se ha comprobado el papel decisivo, derivado de la obligación legal del art. 106 de la ley 39/2015, que juegan los Consejos Consultivos de las diferentes Comunidades Autonomías a la hora de establecer doctrina en materia de revisión de oficio en contratación administrativa.
- VI. Asimismo, se ha constatado el carácter de excepcionalidad que el ordenamiento jurídico otorga al procedimiento de revisión de oficio como garante de los derechos de la colectividad; en consonancia con este atributo, la interpretación y los límites de la revisión de oficio son igualmente restrictivos.
- VII. El procedimiento de revisión de oficio desemboca en la declaración de nulidad del contrato, por un lado, y en su liquidación, por otro. Se debe restituir la prestación in natura, pero siendo esto imposible muy frecuentemente en los supuestos de contratación verbal, se viene abonando una compensación dineraria.
- VIII. El procedimiento de responsabilidad patrimonial es el segundo cauce procesal al alcance de la Administración para compensar al contratista. Se fundamenta en la existencia de un daño extrajudicial.
- IX. La responsabilidad de la Administración nace cuando el daño es causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y es siempre directa: esto es, la propia Administración responde de los actos llevados a cabo por sus funcionarios. No existe la responsabilidad de los funcionarios.
- X. El daño del cual se pretende ser indemnizado, debe ser evaluable económicamente e individualizado con relación a la persona o grupo de personas.
- XI. La finalidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial es la de reparar un daño causado al particular. A tal fin, debe existir una relación de causalidad entre el perjuicio causado y la actividad de la Administración.
- XII. El reconocimiento extrajudicial de créditos constituye el tercer cauce procesal disponible para compensar al contratista. Se fundamenta en (evitar) el enriquecimiento injusto de la Administración.
- XIII. El reconocimiento extrajudicial de créditos consiste en un procedimiento de carácter excepcional que persigue convalidar de facto disposiciones nulas del ordenamiento jurídico, a través del reconocimiento de una obligación proveniente de un contrato nulo.
- XIV. Fue originariamente concebido como una excepción procedimental al principio de especialidad y anualidad presupuestaria de la Administración local, como forma de dar cabida -en supuestos tasadísimos y excepcionales- en el ordenamiento jurídico aquellos gastos no consignados en el presupuesto que, de lo contrario, serían ilegales.



- XV. El enriquecimiento injusto puede ser positivo -mero incremento del patrimonio- pero también negativo, esto es, cuando se evita una pérdida patrimonial al mismo tiempo que obtiene una obra o servicio que pasa a formar parte del patrimonio de la Administración.
- XVI. Para que tenga lugar el enriquecimiento injusto, deben darse cuatro requisitos: el empobrecimiento del contratista correlativo al enriquecimiento de la Administración, la falta de causa justificada para tal enriquecimiento, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento y por último, la Administración debe de haber consentido la ejecución, de manera explícita o implícita (“teoría del asentimiento”)
- XVII. Habiendo estudiado las tres vías procesales, el autor considera que la revisión de oficio es el cauce más adecuado para compensar al contratista.
- XVIII. En primer lugar, por ser este un procedimiento previsto en la Ley para este tipo de situaciones, estando regulado de manera íntegra y sistemática. Por tanto, debiendo venir la actuación de la Administración predeterminada por la ley, es este el procedimiento que seguir.
- XIX. En segundo lugar porque, a diferencia del procedimiento de responsabilidad patrimonial, la revisión de oficio va más allá en sus consecuencias: en vez de limitarse a reparar el daño de un particular, subsana el daño colectivo que ha causado la presencia de una disposición nula.
- XX. Además, el autor cree que a través de un procedimiento de responsabilidad patrimonial estamos convalidando de facto la contraprestación que ha llevado a cabo el contratista (una obra por ejemplo), esto es, implícitamente estamos afirmando que el contrato verbal ha producido efectos. Esto no puede ser de ninguna manera, pues de lo nulo, nada puede resultar.
- XXI. En tercer lugar, el autor cree muy preferible acudir a la revisión de oficio antes que al reconocimiento extrajudicial de créditos porque uno y otro tienen distinto fundamento; uno pensado para reparar las consecuencias dañinas de la nulidad, incluyendo la compensación al contratista, y el otro pensado como excepción excepcionalísima al principio de anualidad presupuestaria.
- XXII. Por no ser diseñado para resolver el supuesto de hecho (la prestación realizada por el contratista verbalmente), en cuanto se intenta forzar su aplicación para lidiar con dicho supuesto su base jurídica quiebra, pues implica convalidar un contrato verbal nulo, dotando tácitamente de efectos a dicha disposición a pesar de ser nula, desnaturalizando la institución de la nulidad.



- XXIII. En definitiva: el autor considera que la mejor manera de compensar al contratista es a través de la revisión de oficio, pues esta ofrece un régimen legal apropiado para lidiar con la cuestión y la resuelve en toda su plenitud, no sólo liquidando el contrato y restituyendo al contratista sino también subsanando el perjuicio causado en el ordenamiento jurídico.
- XXIV. Respecto al carácter de la restitución, el autor cree que NO procede incluir el beneficio industrial.
- XXV. Primero, porque incluir el beneficio industrial supone asimilar las consecuencias de un contrato válido y las de un contrato nulo. Y de lo nulo, nada puede resultar.
- XXVI. Así, se estaría enviando el mensaje por parte de la Administración de que no hay ninguna penalización por contratar de manera ilegal, puesto que en la restitución vendría incluido el margen de beneficio.
- XXVII. Por último, al haber sido el contratista co-partícipe de la ilegalidad producida con la contratación verbal, no se le puede premiar de ninguna manera, sino más bien penalizar: la sustracción del beneficio industrial de la indemnización supone una buena penalización y al mismo tiempo desincentiva la contratación ilegal.



8. Bibliografía

BUENO ARMIJO, Antonio. *La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España*. Revista Digital de Derecho Administrativo 2018 [En línea] <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/492477>>

CARPIO, Montse. *Reconocimiento Extrajudicial de Créditos*. El Blog de Montse (on-line). <<https://www.montsecarpio.es/2019/05/30/reconocimiento-extrajudicial-de-creditos/>> [Consulta 19 de junio de 2020]

COSCULLUELA MUNTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. 2018, Editorial Civitas S.A., 29.ª edición [en línea – CRAI].

DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luís. *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*. Revista de Administración Pública, Madrid, N.º 168. ISBN 978-84-724-82-289

Dictamen 1026/2009, de 16 de julio, del Consejo de Estado [En línea] <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1026>> [Consulta: 26 de abril de 2020]

Dictamen 131/2020, de 5 de mayo, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea]. <http://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/actualitat/Ultims_dictamens/2020/5_maig/dictamen-0131-2020-12876.pdf> [Consulta: 9 de junio de 2020]

Dictamen 138/2017, de 18 de mayo, de la Comissió Jurídica Assesora [En línea] <<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2017/05/18/138>> [Consulta: 11 de Abril de 2020]

Dictamen 140/2004, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia [En línea] <<http://dictamenes.consejojuridicomurcia.com/dictamen/verdictamen/page/1>> [Consulta: 9 de abril de 2020]

Dictamen 1724/2011, del Consejo de Estado, de 21 de Diciembre de 2011, (on-line) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2011-1724>>

Dictamen 218/2015, de 9 de Julio, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea] <<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2015/07/09/218>>

Dictamen 268/2017, de 28 de Septiembre, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea] <<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2017/09/28/268>>

Dictamen 34/2018, de 22 de febrero, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea] <<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2018/02/22/34>>

Dictamen 379/2015, de 10 de Diciembre, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea] <<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2015/12/10/379>>



Dictamen 445/18, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid [En línea]

<<https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/dictamenes/2019/dictamen%2520445-18%2520des.pdf>> [Consulta: 10 de abril de 2020]

Dictamen 87/2007, de 29 de marzo, de la Comissió Jurídica Assesora [en línea]

<<https://portaljuridic.gencat.cat/pjcdic/es-ct/cja/dic/2007/03/29/87>>

Dictamen N.º 730/2018, de 18 de Octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía [En línea]

<https://www.malagahoy.es/2018/11/03/Consejo_Consultivo_de_Andalucia.pdf?hash=bce4c255c96349d0b9110d208e17ec2bd41fb100>

Dictamen núm. 102/2019, de 5 de Abril de 2019, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. [En línea].

<http://www.ccasturias.es/documentos/2019/dictamen_0102-19.pdf>. [Consulta: 25 de febrero de 2020]

FERNÁNDEZ FARRERES, Sistema de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, 4ª Edición, 2018. 885 págs, ISBN 978-84-9152-880-7.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas, 18ª Edición, 2017. 871 págs, ISBN 978-84-9152-874-6.

Instrucción 2/2012, de la Interventora General y la Directora de la Abogacía sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular. Base de datos de Noticias Jurídicas (on-line). <http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ib-ins2-2012.htm> [Consulta: 24 de marzo de 2020]

LACRUZ BERDEJO, José Luís. *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969. 603 págs, ISSN 0210-0444.

CEBRIÁN HERRANZ, Laura y PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio. *Obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato: enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial*, Revista Jurídica de Madrid

<<http://www.madrid.org/revistajuridica/attachments/article/129/OBRAS%20EJECUTADAS%20SIN%20COBERTURA%20CONTRATO.%20ENRIQUECIMIENTO%20INJUSTO%20Y%20RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL.pdf>>

[Consulta: 26 de abril de 2020]

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE [En línea], núm 236, 02-10-2015, págs. 89693 – 89695). <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/02/pdfs/BOE-A-2015-10565.pdf>>. [Consulta: 22 de Febrero de 2020]



Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (BOE [En línea, núm. 236, 02-10-2015, págs 89411 – 89437]
<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10566>> [Consulta: 1 de marzo de 2020]

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (BOE [En línea], núm 272, 09-11-2017, pág 107764.)
<<https://www.boe.es/boe/dias/2017/11/09/pdfs/BOE-A-2017-12902.pdf>.
[Consulta: 22 de Febrero de 2020]

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Manual de las Leyes Administrativas*. 2018, Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición. [en línea – CRAI].

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. 2015. Biblioteca Jurídica Digital. Boletín Oficial del Estado [en línea]. <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2015-75>

PIEDAD BRONCANO, Carmen. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. Universidad de Extremadura. Anuario de la Facultad de Derecho, N.º 24, 2006. [en línea]
<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2163711>>

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. (BOE [En línea] n.º 101, 27-04-1990, pp. 11410 a 11419) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-9664>> [Consulta: 17 de junio de 2020]

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE [En línea] n.º 59, 09-03-2004) <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4214>> [Consulta: 18 de junio de 2020]

REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.1994, 485 pág. ISBN 978-84-7248-228-9

REBOLLO PUIG, Manuel. *Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho Administrativo*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 12 de Octubre de 2006. 37 pág. ISSN 1696-0955.

Resolución N.º 9484 del Tribunal Administrativo de Navarra, de 10 de noviembre de 2010. Voto particular

Sentencia 155/2017, de 2 de febrero de 2017, Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo

Sentencia 3180/2004 del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª. [N.º de recurso 3544/1999]



Sentencia 365/2006, de 17 de enero de 2006, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (N.º de Recurso 776/2001)

Sentencia 4141/2013, de 19 de julio de 2013, Sección 7.ª de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [N.º de Recurso 822/2011]

Sentencia 455/2009, de 16 de febrero de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [N.º de Recurso 1887/2007]

Sentencia 4711/2004 del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo [N.º de recurso 2341/2000]

Sentencia del Tribunal Supremo 1096/2018, de 26 de junio, Sala de lo Contencioso [N.º Recurso 2011/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo 1199/2014, de 19 de febrero, Sala de lo Contencioso [N.º de Recurso 2770/2011].

Sentencia del Tribunal Supremo 14405/1986, de 22 de septiembre de 1986, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo 333/2017, de 2 de febrero de 2017, Sala de lo Contencioso [N.º de recurso 91/2016]

Sentencia del Tribunal Supremo 462/2013, de 11 de enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo [N.º de recurso 5082/2010]

Sentencia del Tribunal Supremo 633/2018, de 27 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo [N.º de recurso 2981/2016]

Sentencia del Tribunal Supremo 7618/2000, de 8 de octubre, Sala de lo Contencioso, [N.º de Recurso 3079/1995]

Sentencia del Tribunal Supremo 8636/2007, de 18 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso [N.º de recurso 11199/2004]

Sentencia del Tribunal Supremo 8636/2007, de 18 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso [N.º de recurso 11199/2004].

Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias. *Informe definitivo de fiscalización sobre las subvenciones, gastos sin consignación presupuestaria y reconocimiento extrajudicial de crédito de los ayuntamientos de Gijón, Oviedo y Avilés*. 2013 [En línea]

<<http://www.sindicastur.es/upload/informes/IDSubs3Aytos137656.pdf>>

[Consulta: 20 de Junio de 2020]