



## La depuración de la contratación administrativa irregular: cauces y efectos

**Begoña Sesma Sánchez**

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Oviedo  
Presidenta del Consejo Consultivo del Principado de Asturias<sup>1</sup>

Revista Auditoría Pública nº 81

Enero - junio 2023. Páginas: 134-153

**Resumen:** La depuración de la contratación administrativa irregular puede realizarse a través de distintos cauces, cuyo régimen jurídico (causas, procedimiento, plazos) y sus efectos económicos difieren notablemente y sobre los que existe una amplia disparidad de criterios. El trabajo analiza las vías de la reclamación judicial de pago con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto, el reconocimiento extrajudicial de créditos y la convalidación de gastos, la revisión de oficio de la contratación irregular, la responsabilidad patrimonial y la contractual y sus respectivos efectos económicos.

**Abstract:** The purging of irregular administrative contracting can be carried out through different channels, whose legal regime (causes, procedure, deadlines) and economic effects differ considerably and on which there is a wide disparity of criteria. The work analyses the channels of the judicial claim for payment based on the prohibition of unjust enrichment, the extrajudicial recognition of credits and the validation of expenses, the ex officio review of irregular contracting, the patrimonial and contractual liability and their respective economic effects.

**Palabras Clave:** Contratos irregulares, Invalidez, Regularización, Depuración

**Keywords:** Irregular contracts, Invalidity, Regularization, Purging

---

1. Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivas de la autora y no del órgano consultivo al que representa.



## 1. Contratación administrativa irregular: panorámica

Es notorio que la contratación pública tiene un marcado carácter formal, sometida a requisitos subjetivos, objetivos, temporales, documentales y rodeada de un rígido marco procedimental a fin de asegurar los principios esenciales que la rigen, esencialmente, concurrencia, igualdad, objetividad, transparencia y eficiencia. Sin embargo, con demasiada frecuencia las Administraciones públicas contratan de forma irregular. La contratación verbal (*el contrato sin contrato*), las prórrogas irregulares, las modificaciones contractuales improcedentes (modificados anticipados o emergentes), la adjudicación sin crédito presupuestario, el fraccionamiento de contratos menores o la errónea utilización de procedimientos contractuales singulares (baste mencionar ciertos abusos de los contratos de emergencia, urgencia y negociados sin publicidad así como últimamente, de los encargos a medios propios) son malas prácticas administrativas presentes en cualquiera de los niveles territoriales y ámbitos de la

contratación pública<sup>2</sup>. Que, como regla general, rara vez se depuran las responsabilidades (patrimoniales, disciplinarias, penales o contables) de quienes han cometido estas irregularidades, también es una lamentable realidad<sup>3</sup>.

Las causas de esta situación son múltiples y heterogéneas (como la rigidez y complejidad de la normativa sobre contratación pública, que debiera admitir cierta flexibilidad y singularidad en algunos contratos, como los vinculados a las prestaciones sanitarias, y la insuficiencia de medios materiales y humanos especializados en determinados ámbitos territoriales) y son constantes las propuestas de mejora en la contratación pública por parte de distintos órganos e instituciones, pero la contratación irregular existe y cuando se detecta (generalmente a instancia de una fiscalización -interna o externa-, o de funciones consultivas, supervisoras o revisoras de los expedientes de contratación), procede depurar, regularizar, restaurar, remediar, subsanar o convalidar esas situaciones, que provoca daños de diversa índole para la Administración, los contratistas y la sociedad en general.

2. Vid., VALERO ESCRIBANO (2015: 152) y AGUADO I CUDOLÁ (2017: 225).

3. A efectos contables, así lo señala GÓMEZ RINCÓN (2019: 184).

## 2. Caudes para depurar la contratación administrativa irregular

Los cauces que permiten regularizar la contratación irregular, en mi opinión, pueden reconducirse a los siguientes: (2.1.) la reclamación judicial de pago del contratista con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración (2.2) el reconocimiento extrajudicial de la obligación y la convalidación de gastos contractuales anulables (2.3) la revisión de oficio de la contratación irregular nula de pleno derecho (2.4) la responsabilidad patrimonial exigida a la Administración, bien como vía directa para reclamar a la Administración el importe debido bien como vía subsiguiente a la anulación cuando no se han liquidado los importes contraídos y (2.5) la responsabilidad contractual al amparo de lo previsto en el artículo 191.2 c) LCSP.

### 2.1 La reclamación judicial de pago del contratista con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración

Cuando la Administración rechaza expresa o tácitamente el requerimiento de pago de las facturas presentadas por el contratista que ha prestado unos servicios o ejecutado obras al amparo de una contratación irregular, éste puede instar judicialmente el abono de su importe por inactividad de aquella (acción de resarcimiento). Generalmente lo hará con fundamento en la prohibición del enriquecimiento injusto aduciendo que ha cumplido su prestación a beneficio y satisfacción de la Administración y que no ha recibido el pago por ello, esto es, que se ha empobrecido en la misma medida en que la Administración se ha enriquecido “sin justa causa”<sup>4</sup>.

Es sabido que el TS ha reconocido de forma reiterada la viabilidad de este principio en el ámbito jurídico público, “aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas” y que, de forma constante, ha precisado sus requisitos, a saber: “en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho

empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio”<sup>5</sup>.

Pues bien, frente al carácter subsidiario y excepcional con que opera el principio que proscribe el enriquecimiento injusto en el ámbito civil, los tribunales han legitimado amplia y generosamente esta vía para pagar al contratista siempre que exista *constancia debida o suficiente de la misma*<sup>6</sup>, conformidad de la Administración con la prestación y con su importe (previa pericial de las partes o judicial, si ofrecieran duda los importes) y no concurren otras causas, igualmente acreditadas, para rechazar el pago al contratista (v.gr. que proceda la compensación de lo debido con la imposición de penalidades).

Salvo el inconveniente, no menor, para todo contratista, de “caer en desgracia” en futuras licitaciones por demandar a la Administración, así como el coste de los gastos procesales de la impugnación y el tiempo empleado en su resolución, la reclamación judicial del pago le ofrece indudables ventajas. Para empezar, el éxito parece asegurado pues en la generalidad de los casos habrá evidencias suficientes de que el contratista ha realizado la prestación (ejecutado la obra o prestado el servicio) expresa o tácita, y que lo ha hecho con el conocimiento y conformidad de la Administración, salvo que exista discrepancia sobre los importes facturados. De este modo, el derecho al cobro usualmente se reconoce de forma íntegra y al margen de una eventual invalidez subyacente. Es más, aunque la sentencia evidencie una manifiesta contratación irregular, a diferencia de lo que sucede cuando se acude a otros mecanismos de depuración de la contratación irregular (como la revisión de oficio), los tribunales rara vez descuentan el beneficio industrial ni otros gastos generales controvertidos. Y no es infrecuente además que reconozcan algún tipo de interés al contratista y, de paso, condenen en costas a la Administración.

En efecto, cuando se judicializa la reclamación de abono, generalmente no se depura en vía jurisdiccional si ha existido o no contratación irregular ni qué tipo de irregularidad se ha cometido (nulidad de pleno derecho, anulabilidad o simple irregularidad no invalidante). Los órganos jurisdiccionales se limitan a resolver la pretensión de los contratistas: si tienen

4. Por todos, vid., REBOLLO PUIG (2006: 7).

5. Vid., entre otras, SSTs de 11 de mayo de 2004, rec. 3554/1999, de 23 de diciembre de 2012, rec. 4143/2009 y de 12 de diciembre de 2012, rec. 5694/2010.

6. Los tribunales vienen rechazando el abono de prestaciones contractuales irregulares cuando no han sido debidamente acreditadas y concluyentes y no han tenido ningún tipo de conformidad, ni expresa ni tácita, por parte de la Administración. Entre muchas, SAN de 23 de febrero de 2022, rec. 115/2021.

derecho al abono de una prestación contractual acreditada pero impagada, al margen de una presumible invalidez. Así, por ejemplo, el TS, ante el reconocimiento de crédito a favor de un contratista al que se adjudicó una obra sin procedimiento y sin crédito, reconoce expresamente que “sí son nulos de pleno derecho los contratos que están en el origen del proceso, de modo que en ningún momento (se) establece que en ellos tenga su origen la legalidad de las deudas reconocidas, sino que esta la basa directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos han sido efectivamente realizadas por lo que si no fueran satisfechas por el ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto”<sup>7</sup>.

Pues bien, utilizada esta vía de la reclamación judicial ¿procede abonar al contratista por esta vía intereses de demora (o, en su caso, legales) por el retraso en percibir el cobro de las facturas?. No existe una solución pacífica a cuestión, ni respecto a su devengo ni respecto del *dies a quo* a tomar como referencia, en caso de que procedan. Así, en la SAN de 9 de julio de 2021, que resolvía la reclamación de una mercantil para que se le abonaran unos trabajos adicionales fuera de contrato (al amparo de una contratación verbal), que aquella ejecutó y la Administración recibió con conformidad, la Audiencia Nacional con base en la doctrina del enriquecimiento injusto justificó el abono de las cantidades reclamadas en concepto de principal (sin descuento de beneficio industrial ni de gastos generales), pero rechazó que debieran abonarse al contratista intereses de demora aduciendo que la sentencia de instancia (que sí los había reconocido), “no se ajusta a la consolidada jurisprudencia citada en lo que a la fijación del *dies a quo* para el devengo de intereses de demora respecta, pues lo fijó en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, desde que se efectuó la reclamación administrativa hasta la fecha de su pago” cuando “la fecha para determinar el devengo de intereses de demora es la de la sentencia impugnada”.

El TS, por su parte, cuando ha tenido que pronunciarse sobre el devengo de intereses de demora en contratos de servicios como resultado de una convalidación de los gastos, ha considerado “que el día inicial para el cómputo de los intereses de demora es el siguiente al transcurso de los treinta días posteriores al momento de la convalidación del gasto” (STS

de 28 de mayo de 2020, rec. 5223/2018)<sup>8</sup>. Y en los de obras, cuando la regularización de la contratación irregular se ha realizado vía revisión de oficio, ha señalado que dado que el importe a satisfacer es una indemnización y no un precio, no proceden intereses de demora “desde los 60 días siguientes a la terminación y ocupación de las obras realizadas fuera de proyecto, como reclama la parte recurrente” (STS de 13 de junio de 2022, rec. 722/2022). Y respecto de modificados de obra acordados fuera de plazo, habiendo sido recibidas y ocupadas por la Administración, tiene admitida en casación la cuestión de determinar “si generan intereses de demora y, en caso afirmativo se determine si el *dies a quo* para el cómputo corresponde al momento de la recepción de las obras ejecutadas fuera de proyecto, o cuando se emite el documento de reconocimiento del crédito para el pago de la deuda” (ATS de 20 de octubre de 2022, rec. 6295/2021). Y, en fin, también hay supuestos en los que, apreciada la irregularidad contractual -sin calificarla-, se ha reconocido el abono de los intereses legales, no de demora<sup>9</sup> obviando que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales excluye en su artículo 3.2.b) su abono en los supuestos de “pagos por indemnización de daños”.

También existen pronunciamientos, de la propia Audiencia Nacional<sup>10</sup> y de Tribunales Superiores de Justicia en los que, sin analizar si la contratación ha sido irregular o no (esto es, el contratista no lo aduce para que no lo perjudique y la Administración lo oculta), no solo se reconoce al contratista el pago de la prestación principal y los intereses de demora sino también, los costes de cobro de la facturación impagada (por cada factura) y además se imponen las costas a la Administración como consecuencia de su actuación irregular<sup>11</sup>.

A mi juicio, de principio conviene recordar que el artículo 198 de la LCSP asocia el devengo de intereses de demora a un contrato válido (o, a los efectos, convalidado o regularizado, como iremos exponiendo). En estos casos, si no hay duda de la validez del vínculo contractual (o resulta convalidada o subsanada) y simplemente hay demora en el pago, lo procedente es el devengo de intereses de demora desde el transcurso de 30 días siguientes desde el registro de la factura, habiendo declarado además el TS (rectificando su

7. Vid., entre otras muchas, SSTS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 8331) y de 28 de abril de 2008(1660/2008).

8. Esta ha sido la postura reiteradamente mantenida por el TSJ de Madrid, vid., por todas, con cita de otros precedentes, la STSJMadrid de 18 de mayo de 2018, rec. 256/2017.

9. Vid., STSJ Valencia de 11 de junio de 2019, rec. 1071/2017.

10. Así, el enjuiciado en la SAN de 22 de febrero de 2021, rec. 828/2019.

11. Vid., STSJ Baleares de 26 de mayo de 2011, rec. 448/2009 y SSTSJ Asturias de 17 de enero de 2023, rec. 405/2022 y de 30 de enero de 2023, rec.31/2022.

propia doctrina y en aplicación de la STJUE de 20 de diciembre de 2022) que el IVA debe incluirse en la base de cálculo de los intereses de demora sin que para que proceda su pago sea exigible al contratista que haya realizado efectivamente el ingreso en la Hacienda Pública (SSTS de 5 de diciembre de 2022, rec.55563/2020 y de 14 de diciembre de 2022, rec.1657/2022).

En cambio, cuando en sede jurisdiccional se advierte que el pago reclamado deriva de una contratación irregular, entiendo que hasta que no se determina y declara el derecho del contratista a su cobro y, por tanto, se reconoce el pago de una obligación económica, no procede el devengo de interés alguno. Y, de confirmarse el derecho al cobro con base en el enriquecimiento injusto considero que sólo procede abonar al contratista *intereses de demora* a partir de 30 días siguientes siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación dada la aplicación de la normativa de contratación pública (a la que remite el artículo 24 de la LGP). En mi opinión, mientras no exista un reconocimiento en firme de la obligación de pago -y en las contrataciones irregulares no se produce hasta que así lo reconoce una sentencia o una resolución administrativa que procede a la liquidación subsiguiente a la anulación de la contratación irregular o a su convalidación o reconocimiento-, no cabe admitir que estemos ante una obligación "contractual" vencida, líquida y exigible apta o idónea para devengar ni intereses de demora.

Por lo demás, procede señalar que este cauce se desenvuelve en un contexto procedimental sencillo: planteado el recurso contra la inactividad de la Administración (art. 29 LJCA), en aplicación de lo previsto en el artículo 25.1 de la LGP, el contratista dispone de un plazo de cuatro años de prescripción para que se le reconozca su obligación económica, a contar desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación (y presuntamente presentó la factura por registro) o desde el día en que el derecho al reconocimiento pudo ejercitarse. Transcurrido este plazo sin haberse reclamado el pago, la Administración estaría preceptivamente obligada a declarar la prescripción y dar de baja la obligación.

A modo conclusivo, dado que por esta vía puede condenarse a la Administración al pago del contrato irregular, generalmente con abstracción de los incumplimientos cometidos- considero

que es necesario *repensar* su (generosa) aplicación en el ámbito de la contratación pública.

Por una parte, en lo referido a su viabilidad. No puede emplearse este cauce, propio del ámbito privado donde solo se reconoce de forma excepcional y subsidiaria, como forma ordinaria de abonar una prestación que deriva de una "causa contractual" y que, esa medida, contraría la calificación de "enriquecimiento injusto" pues en la contratación irregular se genera un enriquecimiento irregular, pero no *injusto*<sup>12</sup>. Además, tiene difícil articulación cuando existen dudas razonables acerca del contenido y alcance de la obligación contractual contraída (por ejemplo, porque se trata de una contratación verbal y no existe constancia alguna de los términos y condiciones en los que se contrató irregularmente ni, por tanto, la adecuación del precio). Prueba de ello es que el Tribunal Supremo tiene admitida la importante cuestión casacional de "determinar si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en los que no está permitida la contratación verbal" (ATS de 3 de febrero de 2022, rec. 6316/2020)<sup>13</sup>.



12. Vid., ORDOÑEZ SOLÍS (2020:107).

13. La casuística y disparidad de criterios es enorme. En las STSJAndalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2019 y de 8 de abril de 2019, en un supuesto de prórroga irregular de conciertos sanitarios, se confirma la procedencia de pagar intereses de demora respecto de los precios estimados (previa pericial judicial), sin descuento de beneficio industrial, por los servicios prestados sin cobertura contractual.

Por otra parte, sería deseable una indagación judicial en estos procesos acerca de si ha concurrido o no una irregularidad contractual y cuál ha sido su entidad pues no parece razonable que, de haberse incurrido en una nulidad radical, el contratista perciba íntegro el importe del principal cuando la regularización se realiza por sentencia y, en cambio, de acoger la postura mantenida por algunos órganos consultivos, la perciba con descuento de beneficio industrial y de otros conceptos si deriva de una revisión de oficio. Las circunstancias de la contratación irregular, la entidad y naturaleza del incumplimiento, la connivencia y beneficio obtenido por el contratista o, por el contrario, su buena fe, deben ponderarse a los efectos de reconocer y determinar el importe a satisfacer al contratista en el examen judicial de estas reclamaciones.

## 2.2 El reconocimiento extrajudicial de la obligación y la convalidación de gastos anulables

Generalmente a raíz de una fiscalización interna, la Administración toma conocimiento de una irregularidad contractual cometida en la que asume que debe un importe a un contratista pero que el vínculo contractual no se ha contraído regularmente. En este escenario, consciente de su "enriquecimiento injusto" si no abona la factura, tiene a su alcance dos expedientes similares que le permiten regularizar la contratación irregular de forma ágil, rápida y, además, "opaca", al amparo de un procedimiento (acaso un simple trámite) que no siempre trasciende "ad extra"<sup>14</sup>.

En efecto, uno de los mecanismos más utilizados por las Administraciones públicas (locales, principalmente) para depurar las contrataciones irregulares es acudir al mecanismo presupuestario del reconocimiento extrajudicial de créditos. Son muchos y valiosos los estudios sobre esta figura que,

además, han proliferado en los últimos años a partir de la fiscalización externa de esta práctica por el Tribunal de Cuentas<sup>15</sup> y los OCEX advirtiendo del "abuso" de esta vía, huérfana de una adecuada regulación, para convalidar diversos incumplimientos que entrañan obligaciones económicas y, entre ellos, en particular, los vinculados a la contratación irregular<sup>16</sup>. Aunque originariamente, al menos lo que se puede deducir de su regulación en el ámbito local (art. 33 del TRLBRL, artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, y artículo 50.12 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), el reconocimiento extrajudicial de créditos estaba concebido para pagar una obligación carente de crédito presupuestario (ya se tratara de un gasto de ejercicios anteriores o del ejercicio corriente), en la práctica su uso ya se ha generalizado para reconocer el pago de obligaciones viciadas por otras causas (omisión de la función interventora, irregularidades del procedimiento contractual que han sido objeto de reparos de legalidad suspensivos, gastos que no fueron debidamente comprometidos y que se imputan a nuevo presupuesto por esta vía, ausencia de licitación en tiempo de contratos que devengan obligaciones continuadas sin cobertura contractual...)<sup>17</sup>.

Varias son las observaciones que merece este cauce de depuración de contrataciones irregulares:

1ª. La primera es una cuestión controvertida y consiste en determinar si este mecanismo es idóneo, válido o legítimo para "convalidar" gastos irregularmente contraídos y evitar el enriquecimiento injusto de la Administración o si, por el contrario, debe venir precedido de un procedimiento que declare la nulidad, convalide la anulabilidad o reconozca simplemente la obligación contractual.

14. A salvo del deber de informar al Tribunal de Cuentas (y equivalentes autonómicos) de las resoluciones adoptadas contrarias a los reparos efectuados.

15. Vid., Informe 1415, de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018, aprobado por el Pleno del TCu el 22 de diciembre de 2020. Similares informes han aprobado los distintos OCEX autonómicos (Madrid, Valencia, Asturias, Andalucía, entre otros). También sobre esta práctica, con un enfoque igualmente crítico, se ha pronunciado la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, en el documento *Recomendación General. La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?*, 2020, disponible en [https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacion\\_Enriquecimiento\\_Injusto.pdf](https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacion_Enriquecimiento_Injusto.pdf).

16. Sobre esta práctica vid., en particular, VALERO ESCRIBANO (2015), PRADA RODRÍGUEZ y HERRERO GONZÁLEZ (2015), PÉREZ LÓPEZ (2019), OLEA ROMACHO (2021), ATANCE APARICIO (2020).

17. Entre las conclusiones alcanzadas en dicho informe, el Tribunal de Cuentas advirtió que "Del análisis efectuado sobre 798 expedientes de reconocimiento extrajudicial de crédito -aprobados por un total de 410 entidades y conformados por un importe global de facturas de 264 millones de euros- ha resultado que en el 89% (235 millones de euros) concurren circunstancias por las que el acto administrativo que les dio origen podría derivar en nulidad de pleno derecho" y que "De las obligaciones adquiridas sin conformidad con el ordenamiento jurídico y tramitadas a través de expedientes extrajudiciales, el 90% de ellas (211 millones de euros) lo fue como consecuencia de carecer de contrato o de no disponer de crédito suficiente y adecuado, o bien, por ambas circunstancias a la vez, correspondiendo el 56% a gastos de servicios y el 26% a gastos en suministro".



A mi juicio, mientras la Ley no lo resuelva expresamente, entiendo que el reconocimiento extrajudicial de créditos no convalida, en ningún caso, ni depura, vicios de nulidad radical, de los tipificados en el ámbito contractual público en los artículos 39 LCSP y, por remisión, en el artículo 47 LPAC. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado señalando que “la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad” (Dictamen 1724/2011). También el Tribunal de Cuentas, en el citado Informe 1415/2019, ha apreciado que la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos “no resulta admisible para convalidar actos nulos, debiendo tenerse en cuenta que en ningún caso subsana las irregularidades o vicios que fueran causa de nulidad (...) no convalida los actos nulos, en tanto, en ningún caso, subsana per se las irregularidades o vicios que

fueran la causa de nulidad ni depura las responsabilidades a que hubiera lugar”. Y en la misma línea se han pronunciado varios órganos jurisdiccionales<sup>18</sup>.

No obstante, debe advertirse que también existen pronunciamientos jurisdiccionales que mantienen una posición favorable a la idoneidad del reconocimiento extrajudicial de créditos, sin necesidad de revisar o convalidar las irregularidades subyacentes<sup>19</sup> así como posturas doctrinales especialmente críticas con la tesis que exige acudir, de forma preceptiva, a una vía excepcional como es la revisión de oficio para depurar contrataciones irregulares. Razones de eficacia procedimental y mayor idoneidad de la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos para los intereses de la Administración y del contratista para dar satisfacción al principio de enriquecimiento injusto son las razones para apostar por esta vía<sup>20</sup>.

18. Así, entre otras muchas, las Sentencias del Juzgado Contencioso Administrativo de Oviedo de 12 de junio de 2017 (401/2016), y de 20 de octubre de 2017 del Juzgado Contencioso Administrativo de Tarragona (rec. 307/2016) coinciden en señalar que cuando una actuación municipal está viciada de nulidad de pleno derecho entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, no cabe otra opción que seguir la primera no siendo procedente acudir al mecanismo del reconocimiento extrajudicial invocando el principio de enriquecimiento injusto”.

Partidarios de la revisión de oficio previa al reconocimiento extrajudicial, cuando concurren las causas de nulidad radical, se han manifestado, entre otros, VALERO ESCRIBANO (2015), MOREO MARROIG (2015), PÉREZ LÓPEZ (2019).

19. Así, a favor de la legitimidad de los acuerdos plenarios de reconocimiento extrajudicial de créditos en determinados supuestos, por ejemplo, pagos a proveedores de mínimas cuantías vid., entre otras, las SSAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016 y de 17 de enero de 2020, rec. 61/2019 y STSJ de Andalucía de 27 de junio de 2019, rec. 422/2018.

20. Vid. CHAVES GARCÍA (2021) quien considera, muy gráficamente, que “imponer la previa e inexcusable tramitación de un expediente de revisión de oficio por cada acto nulo de pleno derecho es, en expresión de Georg Jellinek, “matar pájaros a cañonazos” y, añadimos, además solo sirve para gastar munición y fallar el tiro o herir a inocentes”.

Idéntico rechazo suscita también acudir a otro mecanismo análogo al reconocimiento extrajudicial de créditos como es la convalidación de gasto vinculado al levantamiento de reparos de legalidad (artículo 156 LGP, artículo 32 del RD 2188/1995, de 28 de diciembre y, en el ámbito local, artículo 28 del RD 424/2017, de 28 de abril) cuando estamos ante supuestos de nulidad radical pues, como ha señalado la Audiencia Nacional, la convalidación de gastos “debe tener carácter excepcionalísimo, para casos puntuales, no concebirse como un modo habitual de actuación al margen del procedimiento legal contractual. En la práctica, sin embargo, se viene utilizando como si de un procedimiento ordinario se tratara, tramitando como convalidaciones de gastos, o de reconocimiento extrajudicial de créditos, propuestas de acuerdos de regularización de gastos en contrataciones irregulares, exista o no dotación presupuestaria”<sup>21</sup>.

En mi opinión, ante una causa de nulidad radical el ordenamiento prescribe preceptivamente la depuración de ese vicio a través del procedimiento de revisión de oficio cuando concurren causas de nulidad radical (artículos 39 LCSP y, por remisión, artículo 47 LPAC) y, si es de anulabilidad, habilita un expediente de convalidación o subsanación (artículo 40 LCSP y, por remisión, artículo 48 LPAC), que puede hacerse a través de un reconocimiento extrajudicial de créditos, una convalidación del gasto o un reconocimiento de responsabilidad contractual (artículo 191.2.c) LCSP). Nada impide, por otra parte, a mi juicio, que si el legislador así lo habilita expresamente (como han hecho Baleares y Cantabria) pueda establecerse un procedimiento excepcional de reconocimiento de obligaciones irregularmente contraídas que sirva a los efectos su regularización. Pero en la actualidad, a tenor de las distintas normas en conflicto aplicables, considero que el reconocimiento extrajudicial y la convalidación de gastos solo habilitan el abono de una prestación irregularmente contraída previa revisión de oficio, subsanación de la anulabilidad o reconocimiento de una responsabilidad contractual.

En este contexto, el reconocimiento extrajudicial de la obligación o crédito contractual entiendo puede resultar idóneo para regularizar la ausencia de crédito presupuestario cuando esta opera como causa única o autónoma de invalidez y existen posibilidades de resolver la insuficiencia presupuestaria mediante otras vías previstas legalmente. Hace ya tiempo he considerado que la nulidad radical de los gastos sin crédito

presupuestario constituye una causa de invalidez más aparente que real, carente de justificación en tanto que opone al tercero (contratista) un vicio netamente causado y (solo) conocido por la Administración<sup>22</sup> y que dispone de mecanismos legales de subsanación. Por ello, en mi opinión, a pesar de que el artículo 39.2.b) de la LCSP tipifica como causa de nulidad contractual “La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia” creo que, en rigor y en la interpretación restrictiva que procede hacer de las causas de nulidad radical, no toda ausencia o insuficiencia de crédito presupuestario es causa de nulidad contractual. Únicamente si la falta de cobertura presupuestaria es originaria, manifiesta, no se puede acreditar la necesidad o justificación del gasto contractual y no existen otras posibilidades de habilitación presupuestaria sería *procedente y proporcionado* declarar la nulidad radical por este motivo. Pero fuera de estos casos, cuando la ausencia de crédito presupuestario no concurre con ninguna otra causa de nulidad radical (por ejemplo, no hay infracción manifiesta de las normas que rigen la contratación pública) y cabe la dotación presupuestaria por otras vías (transferencias, imputaciones a ejercicios posteriores, créditos extraordinarios y suplementos de crédito, imputaciones al fondo de contingencia o dotaciones ad hoc como los mecanismos de pagos a proveedores) debe *reconsiderarse* como una causa de anulabilidad o de “relativa nulidad”<sup>23</sup>.

También es útil, en mi opinión, el reconocimiento extrajudicial de créditos cuando se ha omitido la función interventora pero no concurre ningún vicio de nulidad radical manifiesta de la contratación porque, en estos supuestos, si el propio órgano de control subsana o convalida con su informe los defectos, ninguna necesidad hay de regularizar este vicio por el cauce de la revisión de oficio. No puede obviarse que, además, la (simple) omisión de la función interventora no está tipificada como una causa de nulidad radical en el artículo 39 de la LCSP. Este es, a mi juicio, el parámetro en el que debe desenvolverse la interpretación del controvertido artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local cuando deja en manos del interventor la decisión de tramitar o no una revisión de oficio cuando concurren infracciones del ordenamiento y omisión

21. Vid., SAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016.

22. Vid., SESMA (1999).

23. Que no toda falta de crédito presupuestario puede calificarse de nulidad de pleno derecho cuando, a través de distintos mecanismos presupuestarios, se habilita esa dotación y que, por tanto, no es necesario acudir indefectiblemente a la revisión de oficio en estos supuestos también es opinión de VICENTE GONZÁLEZ (2005), CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2015), OLEA ROMACHO (2020), entre otros.

de la función interventora. La decisión a adoptar deberá ser, necesariamente, *ad casum*, y solo si las infracciones de procedimiento alcanzan la entidad de supuestos de nulidad radical y no de mera anulabilidad, concurriendo aquellas con una omisión de la función interventora, será procedente la previa tramitación de un procedimiento de revisión de oficio<sup>24</sup>.

2ª. La segunda observación que procede realizar es que, refiriéndonos al reconocimiento extrajudicial de crédito, estamos ante un mecanismo huérfano de procedimiento cuya utilización se admite o tolera ya se trate de reparar la omisión de la función interventora, la falta de crédito u otros incumplimientos, sean de nulidad radical o de anulabilidad<sup>25</sup>. En el ámbito local, además, no está clara si la competencia para el reconocimiento extrajudicial corresponde al Pleno (en aplicación de lo previsto en el artículo 23.1 TRRL y 60.2 del RD 500/1990 parece clara esta competencia cuando no existe dotación presupuestaria) o si se trata de una competencia delegable y, por tanto, puede ser asumida por el Presidente de la Entidad local o por la Junta de Gobierno (por ejemplo, cuando existe dotación presupuestaria o se trata de otras infracciones “anulables” de procedimiento). Tampoco es pacífico si el propio acto de reconocimiento está sometido a fiscalización previa y si esta ha de ser plena o limitada aunque, a mi juicio, es razonable que deba ser objeto de fiscalización plena por el órgano de control interno en tanto se trata de informar (a efectos de convalidar) una irregularidad presupuestaria o procedimental. La insuficiente regulación determinar que, en la esfera local, no sea infrecuente (y es de hecho la recomendación de algún organismo antifraude como la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana) que, amén de reivindicarse su uso *excepcional*, en las bases de ejecución del presupuesto municipal o bien en una Instrucción dictada *ad hoc* se articule algún tipo de pauta procedimental para aprobar los REC exigiendo, por ejemplo, informes del órgano de contratación, del servicio jurídico y del interventor para proceder al reconocimiento.

3ª. Como señalaba anteriormente, cumple una función similar al reconocimiento extrajudicial de créditos la convalidación de la omisión de la función interventora prevista, para el ámbito estatal, en el artículo 32.2 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por IGAE y, para la esfera local, en

el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que regula el control interno local. En la medida en que el informe del interventor previsto para estos casos (que no es de fiscalización) debe evidenciar “las infracciones del ordenamiento jurídico que, a juicio del interventor, se hayan producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa” así como “la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento”, la evacuación de este informe favorable a la convalidación o subsanación habilita el reconocimiento de la obligación económica subyacente, a pesar de su irregularidad, y evidencia que estamos ante un cauce análogo al reconocimiento extrajudicial de créditos.

Por otra parte, algunas CCAA han dado un paso más y han articulado un procedimiento *ad hoc* para eludir, en particular, la revisión de oficio de las contrataciones irregulares, habilitando un procedimiento para el reconocimiento de obligaciones irregularmente contraídas. Así, el artículo 21.bis de la Ley 14/2006, de 24 de octubre de Finanzas de Cantabria (introducido por la Ley de Cantabria 12/2020, de 28 de diciembre) bajo la denominación “Obligaciones derivadas de supuestos de enriquecimiento injusto de la Administración” ha articulado un procedimiento para “el caso de que se haya producido una actuación de un tercero sin título jurídico que le dé cobertura, que haya dado lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración y no exista un cauce legal para proceder al pago”. Por esta vía, a través de un examen escalonado del expediente por el órgano afectado por la actuación, la asesoría jurídica respectiva, la intervención delegada, el titular de la Consejería afectada y el Consejo de Gobierno, el resultado final es una *convalidación* de la actuación irregular cometida asumiendo la Administración su obligación de pagar al tercero (cuya buena fe debe acreditarse) con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto<sup>26</sup>. De este modo se permite, *legalmente*, soslayar la necesidad de revisar de oficio la actuación irregular (y, en el caso de Cantabria, eludir el Dictamen del Consejo de Estado).

4ª. Por último, desde el punto de vista de los efectos económicos derivados de la utilización de los reconocimientos extrajudiciales de créditos y de las convalidaciones de gastos irregularmente contraídos cuando no concurre una causa de nulidad radical (en cuyo caso ya hemos señalado que consideramos preceptiva la previa tramitación de una revisión

24. La redacción de este precepto no ha sido, desde luego, afortunada, pues amén de sugerir una cierta discrecionalidad del Interventor para apreciar o no la concurrencia de causas de nulidad radical, invoca razones de “economía procesal” y de “pertinencia” para instar dicha revisión “cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”, vid., PÉREZ LÓPEZ (2019:99 y 100).

25. ATANCE APARCIO (2020: 122).

26. Vid., BLANCO HIGUERA (2021: 137).

de oficio en el contexto que exponemos seguidamente) interesa destacar que, *de facto*, por esta vía la Administración abona al contratista el importe íntegro de la factura emitida, sin descuento alguno por beneficio industrial, gastos generales u otros conceptos<sup>27</sup>.

Y, respecto de los intereses de demora, aunque es difícil conocer la intrahistoria de cada reconocimiento extrajudicial de crédito y expedientes de convalidación de gastos a los efectos de saber si se han abonado o no los intereses, creo que debe mantenerse el criterio de que la contratación irregular hasta su regularización vía REC o vía convalidación no devenga intereses de demora hasta el transcurso de los 30 días siguientes al de su convalidación (o reconocimiento). Así lo ha señalado el TS al declarar, en los supuestos de prórrogas irregulares de contratos de servicios, que “el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicios, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto” (STS de 28 de mayo de 2020, rec. 5223/2018)<sup>28</sup>. Y en el caso de contratos de obras, recientemente ha admitido la cuestión casacional de determinar si en los supuestos derivados del artículo 243.6 de la LCSP “las obras no previstas en los proyectos de obras por la falta de aprobación de modificados en plazo por la Administración, siendo recibidas y ocupadas por la Administración, generan intereses de demora y, en caso afirmativo, se determine si el *dies a quo* para el cómputo corresponde al momento de la recepción de las obras ejecutadas fuera de proyecto, o cuando se emite el documento de reconocimiento del crédito para el pago de la deuda” (ATS de 20 de octubre de 2022, rec. 6295/2021)<sup>29</sup>.

En definitiva, a mi juicio, el reconocimiento extrajudicial de créditos y el expediente de convalidación del gasto, precisan de una mejora regulatoria que acote sus causas (entre las cuales, como ya hemos señalado, cabe la insuficiencia

de crédito presupuestario cuando se aprecia como única irregularidad, resulta acreditada la necesidad del gasto y existen posibilidades de habilitar cobertura presupuestaria -o el gasto no excede de determinados límites cuantitativos-, así como en supuestos de omisión de la función interventora o cuando la irregularidad puede calificarse de “anulable” -caso de la contratación verbal de contratos menores en ciertos supuestos o modificados contractuales indebidamente tramitados-, sus trámites (especialmente fijando un plazo máximo de inicio y duración tramitación para evitar que la demora en el reconocimiento extrajudicial o en la convalidación perjudique significativamente al contratista), los órganos competentes para autorizarlos y sus efectos económicos. Resultaría positivo, a mi juicio, que los expedientes de reconocimiento extrajudicial de créditos se asimilaran al procedimiento de convalidación de la omisión de la función interventora<sup>30</sup>.

### 2.3 La revisión de oficio de la contratación irregular

Como señalamos anteriormente, el Consejo de Estado ha mantenido tradicional y mayoritariamente la vía de la revisión de oficio para resarcir al contratista por los servicios prestados en supuestos de irregularidades contractuales, singularmente en casos de manifiestas infracciones del procedimiento contractual (aunque con relación a las contrataciones verbales, su doctrina no es pacífica)<sup>31</sup>. También los órganos consultivos autonómicos han avalado mayoritariamente este cauce cuando han apreciado la concurrencia nítida de una causa de nulidad radical<sup>32</sup> aunque también existen diferencias en lo referente a los efectos económicos de la nulidad declarada (artículo 42 LCSP).

Ahora bien, al igual que se *abusa* de los reconocimientos extrajudiciales de crédito, de los reconocimientos por enriquecimiento y de las convalidaciones de gastos cuando se levantan los reparos de legalidad ante supuestos de contratación irregular manifiestamente nula, también cabe advertir una utilización indebida, por abusiva, del

27. A favor de abonar, por este cauce, el beneficio industrial vid., VICENTE GONZÁLEZ (2005).

28. Postura reiteradamente mantenida, entre otros, por la Audiencia Nacional (Sentencia de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016) y por el TSJ de Madrid, vid., Sentencia de 18 de mayo de 2018, rec. 256/2017.

29. Ciertamente la postura del TS no es pacífica en este punto, baste el examen comparado de las SSTs de de 2 de julio de 2004 (rec. 2341/2000), 18 de febrero de 2009 (rec. 3525/2006).

30. En el mismo sentido, incluso para admitir su aplicación a supuestos de nulidad radical, vid. MARTÍ I SARDÁ (2020: 42).

31. Así, Dictámenes 1724/201 y, entre los más recientes, 506/2016, 842/2017, 843/2017, 493/2019, 1056/2019, 86/2021.

32. Entre otros, vid., Dictamen 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 92/2018 de la Comisión Jurídico Asesora de Madrid, Dictamen 13/2020 de la Comisión Jurídico Asesora de Cataluña y Dictamen 7/2022 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

procedimiento de revisión de oficio para “blanquear” todo tipo de contratación irregular. Tan es así que algunos órganos consultivos se han posicionado en contra de la idoneidad de esta vía. Así, por ejemplo, tal ha sido el abuso de las revisiones de oficio, especialmente en el ámbito de contrataciones verbales de suministros de medicamentos y otros servicios sanitarios del Servicio Canario de Salud, que el Consejo Consultivo de Canarias si bien ha apreciado la concurrencia de una causa de nulidad radical en las contrataciones examinadas, ha rechazado este cauce revisor apelando a los límites a la revisión de oficio (artículo 110 LPAC) invocando conjuntamente, de una parte, la buena fe del contratista y, de otra, el uso desviado de este mecanismo llegando a calificarlo de “fraude de Ley” en tanto que, dado su carácter excepcional, su utilización como remedio casi *ordinario* para depurar la contratación irregular resultaría “contrario a las leyes”<sup>33</sup>. También críticos con el uso torticero de la revisión de oficio se han manifestado varios autores<sup>34</sup>.

Por otra parte, procede señalar que ocasionalmente algunos Consejos Consultivos han invocado el artículo 191.2.a) LCSP, para omitir su Dictamen en supuestos de “nulidad” cuando no existía oposición por parte del contratista<sup>35</sup>. A mi juicio, sin embargo, la nulidad a que se refiere dicho precepto es la del propio contrato, no la que afecta a los actos administrativos de preparación y adjudicación que son los concernidos por los artículos 39 de la LCSP y a los que se vincula, en tanto que actos administrativos, la potestad excepcional de revisión de oficio.

Pues bien, a mi juicio, partiendo de que la revisión de oficio es una potestad subsidiaria y excepcional -en tanto que permite a la Administración dejar sin efecto sus propios actos anteponiendo el principio de legalidad al de seguridad jurídica-, *tanto su uso como la interpretación de las causas que la habilitan, cuya acreditación y prueba compete a la Administración cuando la ejerce de oficio, debe hacerse de forma restrictiva*. Y ello porque no puede obviarse que, en aras de la estabilidad de las relaciones jurídico-administrativas y la correlativa presunción de validez de sus

33. Vid., entre otros, Dictámenes 80/2020, 82/2020, 82/2020, 222/2020 y 14/2021 del Consejo Consultivo de Canarias. En la misma línea, también el Consejo Consultivo de Baleares ha calificado de “abuso de derecho” el uso torticero de la revisión de oficio para regularizar la contratación irregular (Dictamen 77/2016, 37/2018 y 87/2019).

34. Vid., BAUZÁ MARTORELL (2016) y CHAVES GARCÍA (2021).

35. Es, no obstante, una posición aislada mantenida por ejemplo en el Dictamen 13/2021 del Consejo Consultivo de Aragón.



actos, la regla general de invalidez es la anulabilidad de los actos administrativos y no su nulidad. Por ello es exigible que la utilización de la revisión de oficio se reserve a aquellos supuestos en los que se acredite de forma manifiesta una causa de nulidad radical<sup>36</sup>. Ciertamente, la Administración tiene el deber, y no solo la facultad, de declarar la nulidad de los actos viciados con alguna de las tachas que se identifican en el artículo 39 de la LCSP y, por remisión, en el artículo 47 LPAC, porque está compelida constitucionalmente a preservar el principio de legalidad (artículo 103.1 CE), porque la nulidad de pleno derecho afecta al orden general, porque no cabe anteponer razones de eficacia o eficiencia para la regularización más ágil de la contratación irregular cuando es, insisto, manifiestamente nula y porque es la única vía que permitiría, además, a los terceros contratistas perjudicados por la contratación irregular reclamar, en su caso, los daños y perjuicios ocasionados por esos incumplimientos. No puede obviarse, además, que la revisión de oficio lleva implícita un juicio de reproche contra una actuación manifiestamente irregular y persigue preservar, entre otros, los principios de igualdad, publicidad y concurrencia que son esenciales en toda contratación pública<sup>37</sup>.

Pues bien, a partir de estas consideraciones son varias las observaciones que merece este cauce de regularización:

1º. Que únicamente es preceptivo acudir a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de un contrato cuando concurra alguna de las causas tipificadas en el artículo 39 LPAC y, por remisión, las recogidas en el artículo 47 LPAC.

No procede en este momento un análisis singularizado de cada una de ellas, que excedería del marco de este trabajo. Baste señalar, respecto de todas y cada una de ellas, que debe tratarse de infracciones o incumplimientos notorios, palmarios y evidentes y que, además, a mi juicio, hayan perjudicado significativamente los principios esenciales que rigen la contratación administrativa. Por ello, no toda infracción de la normativa que rige la contratación pública debe depurarse vía revisión de oficio y habrá que atender a las circunstancias del caso.

Así, en mi opinión, *la ausencia de crédito presupuestario* no siempre debe considerarse como un supuesto de nulidad radical si, en el momento del reconocimiento de la

obligación o en el de su convalidación, resulta acreditada la necesidad del contrato (su motivación) y existe una cobertura presupuestaria disponible. Tampoco *la ausencia de expediente contractual en los supuestos de contratos menores* (cuando no se acredita un fraccionamiento indebido y resulta motivada la contratación –incluida la competencia orgánica–) deben depurarse por esta vía. Ni algunos casos de *prórrogas tácitas de contratos de servicios*, en tanto que puedan acreditarse circunstancias justificativas de la demora de la nueva adjudicación, exista rastro en el expediente de la voluntad de licitación, y la prórroga no se exceda significativamente respecto de la duración inicial del contrato. A fin de cuentas, según mi criterio, el artículo 29.4 de la LCSP habilita una prórroga máxima de hasta 9 meses para estos supuestos y el eventual incumplimiento del plazo de 3 meses para publicar el anuncio de licitación puede considerarse como un supuesto de anulabilidad por aplicación de lo previsto en el artículo 48.3 LPAC. De hecho, cabe reparar en que el artículo 39.2.c) LCSP tipifica como causa de nulidad la “falta de publicación” del anuncio de licitación en la PCSP (o boletines donde proceda), pero no la “demora” en hacerla cuando se ha incumplido un plazo de publicación y, en todo caso, esta se ha realizado antes de la adjudicación. Asimismo hay supuestos en los que la propia Ley habilita la resolución del contrato, como sucede con la causa tipificada en la letra h) del artículo 39.2 referida a *la falta de mención en los PCAPS de la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos*, siendo como una condición esencial del contrato, su incumplimiento (también) dará lugar a la resolución contractual, a tenor del artículo 211.1.f) de la LCSP.

Fuera de los supuestos de rigurosa nulidad, cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico “contractual” debe calificarse de “anulable” en virtud de lo previsto en el artículo 40 LCSP que incluye, y procede destacarlo, (i) los incumplimientos de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos de los artículos 204 y 205 LCSP; (ii) de todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración y (iii) y, los incumplimientos de los requisitos establecidos en el artículo 32, apartados 2, 3 y 4 de la LCSP relativos al encargo a medios propios, supuesto relevante en la práctica contractual actual dado el notable incremento

36. Vid., entre otras muchas, STS de 25 de noviembre de 2015, rec. 269/2015.

37. Vid., Dictamen 298/2022 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

(no siempre justificado, a mi juicio) del encargo a medios propios (en especial, los vinculados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia).

2°. ¿Cabe la revisión de oficio de una actuación contractual verbal?. Este ha sido uno de los reparos formulados por el Consejo de Estado con relación al empleo de este cauce revisor porque en muchos casos examinados “no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación o realizar la prestación extraordinaria. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago” (Dictamen 706/2021, de 27 de enero de 2022).

Al respecto, partiendo de que el acto administrativo consiste, *in essentia*, en una declaración de voluntad de una Administración actuando como tal -esto es, en el ejercicio de potestades administrativas y, por ende, en el régimen del Derecho Administrativo- y que existe una voluntad material de contratación cuando puede acreditarse que se han recibido prestaciones a favor de la Administración que cuentan con su conocimiento y conformidad (expresa o tácita), que existe una postura coincidente entre la contratista y la Administración con relación a una concreta prestación contractual, cuyo contenido y objeto están aparentemente definidos (incluida una estimación del precio), que la actuación contractual engarza o puede vincularse con un entorno o contexto contractual convenido, asumido informalmente por ambas partes, máxime cuando significa la prolongación de una relación contractual preexistente, cabe aceptar que estamos ante un acto administrativo tácito, con independencia de la ausencia de formalización y, en esa medida, susceptible de ser revisado de oficio<sup>38</sup>. Es obvio, además, que la contratación de emergencia puede hacerse de forma verbal y que, a tenor de lo previsto en el artículo 36.2 LPAC la ausencia de formalización de la actuación contractual no significa la inexistencia de un vínculo contractual. Con todo, como señalamos anteriormente, el TS se ha planteado como cuestión casacional la de “si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en casos en los que no está permitida la contratación verbal” (ATS de 3 de febrero de 2022, rec.6316/2020).

3°. Que, advertida y acreditada una causa de nulidad radical en las actuaciones contractuales, es preceptivo atenerse al procedimiento establecido en el artículo 106 LPAC lo que significa, en síntesis, recabar la audiencia del contratista (y demás interesados, en su caso), y el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma debiendo resolverse el procedimiento, en caso de haberse iniciado de oficio, en el plazo máximo de 6 meses so pena de caducidad. No puede obviarse, además, la posibilidad de que resulten de aplicación los límites previstos en el artículo 110 LPAC conforme al cual “Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas 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”. De hecho, por resultar “contrario a las leyes” y por apreciar la buena fe del contratista, como se señaló anteriormente, algunos órganos consultivos han rechazado el uso abusivo de la revisión de oficio para regularizar contrataciones irregulares. Aunque no comparto esta opinión, en tanto que la utilización del procedimiento que resulta preceptivo legalmente para depurar la nulidad no puede esgrimirse, simultáneamente, como una utilización contraria a las leyes, creo que sería admisible invocar alguno de estos límites para rechazar, por ejemplo, la revisión de oficio de una contratación irregular practicada más allá del plazo de prescripción para instar la reclamación del pago de las facturas.

4°. Por último, con relación a los efectos derivados de la resolución que declare la invalidez, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LCSP, “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Es conocida la controversia acerca de la interpretación de este artículo que reconoce, a priori, dos conceptos diferenciados, de una parte la devolución recíproca del “valor” de la prestación cuando no sea viable la restitución *in natura* (acción restitutoria) y, de otra, la eventual indemnización de daños y perjuicios (acción resarcitoria). En particular, la discusión se ha centrado en qué debe entenderse por “valor” de la prestación. Al respecto, la mayoría de los órganos consultivos,

38. Vid., Dictamen 298/2022 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

siguiendo la postura mantenida por el Consejo de Estado, considera que, en tanto que la empresa contratista pudiera no ser ajena a la irregularidad cometida, no debe recibir el precio de la prestación facturada, sino sólo su "coste", que se calculará detrayendo el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener determinado en expediente contradictorio y, en aquellos casos en los que resulte difícil su cálculo, descontando un 10% de las facturas pendientes de abono<sup>39</sup>. Otros órganos consultivos, en cambio, postulan la aplicación de un descuento del 6% del importe facturado en concepto de beneficio industrial por aplicación analógica de lo previsto para los contratos de servicios en el artículo para los de obras (artículo 131.b) RGLAP)<sup>40</sup>.

A mi juicio, advertido primeramente que la liquidación subsiguiente a la nulidad se desenvuelve en el contexto de un procedimiento autónomo (en el que no está prevista la participación del órgano consultivo), susceptible de caducidad cuando puede ocasionar perjuicios al contratista (por aplicación del plazo general de 3 meses, a falta de un plazo específico recogido en la LCSP) según ha señalado el Tribunal Supremo<sup>41</sup> para los supuestos de resolución por incumplimiento culpable

del contratista, no existiendo una previsión legal que ampare expresamente este "descuento" (a diferencia de otros ordenamientos que lo contemplan expresamente, con carácter general, a modo de "sanción impropia" o "encubierta" al contratista cómplice y beneficiario de una contratación irregular), su aplicación generalizada en todos los supuestos en que se revisa de oficio una contratación irregular es un efecto de la nulidad que ofrece dudas, (piénsese, por ejemplo, en los supuestos de falta de crédito presupuestario).

De principio debe repararse que, en función de la causa de nulidad apreciada, la Administración puede quedar obligada a abonar al contratista un importe mayor por acumulación de la indemnización de daños y perjuicios<sup>42</sup> y que, la eventual ajeneidad del contratista a la causa determinante de la nulidad, así como su buena fe, la falta de apreciación de propósito o intención del órgano de contratación de perjudicar la concurrencia, o la aparición de circunstancias imprevisibles y sobrevenidas, pueden en muchos casos justificar el abono íntegro de las prestaciones facturadas siempre y cuando, por supuesto, se acredite su ajuste al precio o valor de la prestación.



39. Vid., entre otros, Dictámenes 506/2017, 842/2017, 843/2017, 878/2019, 906/2019 y 1112/2019.

40. Así, vid. Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 405/2016, de 14 de junio y, en el mismo sentido, entre otros, Dictamen 131/2020, de 5 de mayo de la Comisión Jurídico Asesora de Cataluña y Dictamen 513/2017, de 14 de diciembre de la Comisión Jurídico Asesora de la Comunidad de Madrid.

41. STS de 14 de marzo de 2022, rec. 2137/2020.

42. STS de 14 de marzo de 2022, rec. 2137/2020.

Por otro lado, no puede obviarse que no todos los contratos permiten cuantificar el importe del beneficio industrial. De hecho, salvo en los de obras (artículo 131.b) del RGLCAP), muchos de servicios se adjudican a coste cero o “a pérdidas” y, sin conocer la contabilidad analítica de la empresa, es difícil estimar la cuantía de ese presunto lucro del contratista. Tampoco resulta convincente, en mi opinión, descontar sin especial motivación un porcentaje del 10% o del 6% de beneficio industrial a un contrato cuyos pliegos habían previsto un porcentaje menor (o mayor) o, incluso, inexistente. Y supone, además, una complejidad financiera y fiscal excesiva obligar al contratista a rectificar el ingreso y la factura emitida para ajustarla al nuevo importe “liquidado”.

En fin, aunque el Tribunal Supremo ha señalado que el importe a satisfacer al contratista a resultas de una revisión de oficio de una contratación irregular es una indemnización y no un precio, considero que del artículo 42 de la LCSP cabe inferir la correlación de deudas, esto es, que la administración estará obligada a restituir su enriquecimiento en la misma medida en que se acredite el efectivo empobrecimiento del contratista, lo que incluye el beneficio industrial. Si el apartado 3 de este precepto permite que, aún apreciada la nulidad, cuando se produjera un grave trastorno al servicio público, “podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y *bajo sus mismas cláusulas*, hasta que se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio”, cabe razonablemente sostener que puede satisfacerse al contratista el importe que se hubiere facturado previa acreditación de su ajuste a precios de mercado. En sede judicial, de hecho, cuando prosperan las reclamaciones de abono, aún apreciándose vicios de nulidad radical, mayoritariamente se reconoce el derecho del contratista a percibir íntegro el importe reclamado de su prestación (previa comprobación de su cuantía en el valor de las prestaciones convenidas) sin minorar un “presunto o estimado” beneficio industrial. No parece justo, en definitiva, que la Administración se beneficie pagando menos al contratista sacando provecho de una actuación irregular propia que, además, es de nulidad radical.

Ahora bien, lo anterior no impide, a mi juicio, que *previa previsión legal expresa, pudiera tipificarse expresamente*

*(garantizando así la legalidad y tipicidad de una medida materialmente sancionadora) que en los supuestos de declararse la nulidad de la contratación se minorase el importe a satisfacer al contratista en un determinado porcentaje.* Desde luego, una tipificación legal de esta “penalidad” constituiría un importante estímulo para que los contratistas *vigilaran* el debido cumplimiento del procedimiento de contratación pública y de los principios que lo rigen.

Con relación a los intereses de demora por el retraso en el cobro de una contratación irregular, el Tribunal Supremo viene declarando su improcedencia cuando se ha declarado su nulidad considerando que, no habiendo contrato, no resultan procedentes los intereses de demora<sup>43</sup>, postura que compartimos. También la Audiencia Nacional ha señalado, en los contratos de servicios, que “Es indudable que la reclamación de intereses de demora al amparo del artículo 216.4 del TRLCSP exige la preexistencia de un contrato administrativo válido. Y, en este caso, la contratación no ha sido aprobada conforme al procedimiento administrativo específico regulador en la legislación contractual del sector público, no existe un contrato escrito. Incluso no existía consignación presupuestaria alguna. La ejecución por encargo verbal no puede amparar la exigencia de intereses de demora conforme a la legislación contractual pues ni la Administración puede abonar importe alguno hasta que no se apruebe el gasto, ni el expediente de convalidación es un expediente contractual o un trámite del mismo y, en todo caso, la cantidad reconocida en los expedientes de convalidación no es el precio del contrato”<sup>44</sup>.

Finalmente, con relación al abono al contratista del lucro cesante (cuando la nulidad se declara antes de haber finalizado el plazo de ejecución del contrato), el TS ha señalado que no procede a abonar esta cuantía<sup>45</sup>. Debe advertirse, no obstante, que declarada la nulidad de un contrato cuya ejecución no ha concluido el contratista puede sufrir daños derivados de costes asumidos o invertidos (daño contractual negativo), cuyo abono podría resultar justificado, amén de las ganancias futuras, cuya percepción estimo improcedente en estos supuestos. El contexto contractual y la implicación del contratista en la irregularidad serán relevantes para resolver esta problemática ad casum.

43. Vid., SSTS de 2 de julio de 2004, rec. 2341/2000, de 24 de octubre de 2005, rec. 3444/2003 y de 13 de junio de 2022, rec. 5437/2022. En la misma línea la STSJ Asturias de 22 de febrero de 2023, rec. 387/2023.

44. Vid., SSAN de 12 de septiembre de 2018, rec. 247/2017 y, en el mismo sentido, de 14 de octubre de 2019, rec. 398/2018.

45. No obstante, no parece una cuestión pacífica y hay otras SSTS (de 7 de mayo de 2012, rec. 3819/2008, de 27 de octubre de 2004, rec. 2029/2000) que avalarían la postura contraria y la obligación de indemnizar al contratista que ve truncada su expectativa de beneficio pudiendo retribuirse, en este casos, de forma análoga a los supuestos de resolución de contratos de servicios, con el importe del 6 por 100 del precio de adjudicación del contrato de servicios, IVA excluido.

## 2.4 La responsabilidad patrimonial exigida a la Administración por haber incurrido en una irregularidad contractual

¿Cabe acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual para reclamar a la Administración el pago de contrataciones irregulares?. También en la respuesta a esta pregunta divergen las opiniones de órganos consultivos y tribunales. Al respecto procede diferenciar el empleo del cauce de la responsabilidad patrimonial como vía directa para reclamar el pago de facturas emitidas en el contexto de una contratación irregular, del empleo de esta vía para recuperar los daños irrogados por la anulación y no satisfechos en la liquidación subsiguiente.

El Consejo de Estado ha legitimado esta vía en algunas ocasiones<sup>46</sup> pero, en los últimos años, la ha rechazado cuando “estamos en presencia de un contrato que rige las prestaciones de las partes, el precio y los servicios contratados, con arreglo al que se ha desarrollado la actividad y se han expedido las facturas”, señalando que la vía de *la responsabilidad patrimonial es subsidiaria* respecto de otros cauces a disposición de los particulares para obtener el resarcimiento de los daños irrogados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, que no es una “fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica” (Dictamen 390/2017, de 6 de julio).

Ciertamente, como vía directa para reclamar a la Administración el cobro de facturas impagadas derivadas de una contratación irregular, resulta improcedente acudir a la vía de la responsabilidad extracontractual para reclamar como eventuales daños los importes impagados derivados de una relación neta o materialmente contractual. Por ello comparto lo señalado por alto órgano consultivo, que “...para el abono de las cantidades debidas se ha seguido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración que no resulta un cauce jurídico apropiado, pues desde antiguo viene señalando este Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye el reflejo, en el ámbito administrativo, de la responsabilidad extracontractual del Derecho común” (Dictamen 1112/2019).

En la misma línea, y haciendo hincapié en la diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad patrimonial interesa destacar que el TS ha señalado que “La

distinción entre ambos tipos de responsabilidad deriva de su fuente misma, en un caso, el contrato, y en el otro, la ley ( arts. 9.3 y 106.2 CE, art. 139 y ss de la Ley 30/1992); en la contractual la responsabilidad de la Administración se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de un contrato y en la extracontractual la responsabilidad se origina por el daño causado al particular por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. En el primer caso, se parte de un vínculo jurídico previo entre la Administración y el particular, el generado por el haz de derechos y obligaciones que supone el contrato, que determina el nacimiento de responsabilidad por los perjuicios que su incumplimiento provoca; en el segundo, no existe vínculo previo entre la Administración y el particular, y el deber de indemnizar surge de la mera actuación, en sentido amplio, de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, la Administración debe indemnizar sin que exista ninguna relación obligatoria previa que le vincule con el particular, sin que exista ninguna obligación ni deber previo concreto incumplido. En ambos casos surge la responsabilidad de la Administración y el consiguiente deber de indemnizar por el daño producido, pero son dos responsabilidades distintas, el título de imputación del daño a la Administración no es el mismo, en un caso deriva del incumplimiento de un contrato, de un deber concreto, y en el otro, del mero actuar de la Administración sin vínculo jurídico previo alguno con el particular que sufre el daño.” De ahí que su origen sea diferente, estén sujetas a regímenes jurídicos distintos (LCSP v. LPAC), y a desiguales plazos de prescripción. Por ello, “si la responsabilidad surge en el seno del incumplimiento de un contrato es éste el régimen jurídico que habrá de seguirse, el previsto en las normas que regulan la contratación de la Administración, con exclusión del régimen jurídico de la responsabilidad que se genera, al margen de toda relación contractual, por el mero actuar de la Administración, régimen éste que opera a modo de cláusula residual, en un Estado social de derecho ( art. 1.1 CE) en el que se configura constitucionalmente como una Administración responsable ( arts. 9.3 y 106.2 CE), para garantizar la indemnidad de los particulares en todos los supuestos en que la actuación administrativa cause un sacrificio patrimonial singular e individualizado que no tengan el deber de soportar. Pero cuando, como es el caso, la responsabilidad que se reclama deriva de una relación jurídica contractual preexistente que tiene su medio específico de resarcimiento, es este régimen el que habrá de seguirse ( SSTS de 18 de enero de 2005, rec. 26/2003, o de 28 de marzo de 2011, rec. 2865/2009)”<sup>47</sup>.

46. Así, entre otros, Dictámenes 363/2000, 3617/2000, 1842/2007, 841/2010, 843/2017.

47. Vid., STS de 10 de febrero de 2021 (rec. 7251/2019) La doctrina de esta sentencia se recoge también en las SSTS 903/2021, de 23 de junio (rec 8419/2019) y 1389/2021, de 29 de noviembre (rec 651/2017).

Tampoco ofrece expectativas de éxito para el contratista acudir a la responsabilidad patrimonial como vía subsiguiente a la revisión de oficio de contrataciones irregulares cuando, a resultas de esta, no se ha liquidado cantidad alguna o el importe liquidado no incluye la totalidad de los daños derivados de la invalidez de la contratación. Al respecto, el TS ha señalado que “cuando en la adjudicación de un contrato se procede a la revisión de oficio por incurrir dicha adjudicación en causa de nulidad de pleno derecho, siempre que el contratista haya participado en los actos que sirven de presupuesto a esa declaración de nulidad, no puede considerarse que el daño que pudiera haberse ocasionado con la ejecución del contrato luego declarado nulo sea antijurídico a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante, ni tan siquiera los ocasionados con la previa tramitación de procedimientos de revisión de oficio que fueron anulados antes de la declaración definitiva de nulidad”<sup>48</sup>. Esto es, aunque resulte viable jurídicamente utilizar este cauce al admitirse expresamente que “la declaración de nulidad de los contratos puede constituir título jurídico idóneo para reclamar a la Administración por vía de la responsabilidad patrimonial”, es *harto* difícil, tanto para los órganos consultivos y los jurisdiccionales que intervienen en el mismo, exculpar al contratista de la irregularidad contractual cometida. Es innegable que el contratista generalmente no ha permanecido ajeno al vicio cometido y, en esa medida, está obligado a soportar el daño y hay una ruptura del nexo causal que impide apreciar la responsabilidad patrimonial exclusiva de la Administración. De ahí que se estime que “La declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración -por vía de la responsabilidad patrimonial- el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos; pero, aun en ese caso, solo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acreditare la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto normativa y jurisprudencialmente conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con Ley”<sup>49</sup>.

## 2.5 La responsabilidad contractual ex artículo 191 LCSP

Advertidas las reservas que ofrecen los anteriores cauces de contratación irregular, haciendo hincapié en que se trata de supuestos procedentes de una relación contractual que une a la Administración y al contratista y que las prestaciones que deben satisfacerse tienen claramente naturaleza contractual, el Consejo de Estado ha considerado que “*resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista “a vista, ciencia y paciencia” de la Administración contratante, se ponga por referencia con el previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad contractual*” (Dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021 y 706/2021, de 27 de enero de 2022)<sup>50</sup>. De este modo, el indiscutible contexto contractual de estas actuaciones obliga a conceder “una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”, al amparo de lo previsto en el artículo 191.3.c) LCSP<sup>51</sup>.

Ciertamente, se trata de una vía idónea para depurar ciertos supuestos de contratación irregular aunque resulta huérfana de un adecuado marco procedimental. Así, parece claro, por ejemplo, cuál es el plazo para ejercitar esta acción, que en mi opinión permite aplicar el de las obligaciones personales del Código Civil (artículo 1964 CC), actualmente de 5 años, ni si resultan preceptivos determinados informes, como los de intervención y servicio jurídico). Se trata de una vía que debe reservarse, exclusivamente, para aquellos supuestos en los que no concurra una causa de nulidad radical pues la responsabilidad contractual, por definición, presupone la existencia de un vínculo contractual válido (o convalidable). En este contexto, estimo que la vía de la responsabilidad contractual no difiere significativamente de los cauces del reconocimiento extrajudicial de créditos o de los expedientes de convalidación de gastos en los términos que hemos expuesto, a salvo de la necesidad de recabar, por esta vía, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico cuando el importe de la reclamación contractual supere los 50.000 euros.

Por otra parte, con relación al importe a satisfacer al contratista a través de este cauce, dado que en este caso estaríamos ante el precio de un contrato, no ante una indemnización, en mi

48. Vid., STS de 16 de junio de 2021, rec. 3070/2020.

49. Vid., STS de 21 de diciembre de 2021, rec. 5676/2020, con relación a la contratación (sin contrato) del renting de varios vehículos por parte de un Ayuntamiento que fue revisada y anulada de oficio sin liquidación de importe alguno al contratista. En este contexto, instada la vía de la responsabilidad patrimonial, el TS estima que no se cumple el requisito de la causalidad pues el contratista había sido partícipe directo en la irregularidad.

50. Con anterioridad ya se había pronunciado a favor de esta posibilidad en otras ocasiones, vid., Dictámenes 651/2005, 488/2012, 676/2014, 1035/2018.

51. Esta ha sido la vía seguida también por otros órganos consultivos. Vid., Dictamen 298/2022, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

opinión, habría de atenderse al precio establecido o convenido en el vínculo contractual, a pesar de su irregularidad, sin minoración del beneficio industrial ni de otros conceptos. A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, que postula esta vía como preferente para la depuración de muchos supuestos de contratación irregular (aun cuando fuera dudosa la concurrencia de una causa de nulidad radical), el importe facturado y reclamado por el contratista puede quedar exceptuado o modulado cuando (1) existiera un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista respecto del importe de la compensación a satisfacer<sup>52</sup> y (2) cuando, en atención a la conducta de la empresa contratista, se acreditara su participación o connivencia en la irregularidad, en cuyo caso solo debería retribuirse el “coste” de la prestación, detrayendo el beneficio industrial que la empresa esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio y, en los supuestos en los que resultara dificultad su cálculo, aplicando un descuento del 10% de las facturas pendientes de abono<sup>53</sup>. En mi opinión, en cambio, son aplicables aquí las consideraciones señaladas anteriormente acerca de las incoherencias y dificultades que plantea detraer, a falta de regulación legal *ad hoc*, un porcentaje equiparable al beneficio industrial presunto obtenido por el contratista. Finalmente, respecto de los intereses de demora, debe estimarse que han de regir las mismas reglas que en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos y convalidaciones de gastos, esto es, devengándose a partir de los 30 días siguientes al del acto que reconozca la responsabilidad contractual.

### 3. Consideraciones finales

El régimen jurídico de cada una de las diferentes vías que existen para depurar la contratación irregular (sus causas, procedimiento y plazos) y, sobre todo, sus efectos económicos, difieren significativamente y no existe una posición uniforme ni entre la doctrina, ni entre los órganos consultivos, ni en la jurisprudencia acerca de la idoneidad o preferencia de unos cauces sobre otros. Así, parece excesivamente generosa la estimación judicial de las reclamaciones de pago fundamentadas en el enriquecimiento injusto, dado su carácter excepcional, sin ponderar la concurrencia de una causa de una causa de invalidez subyacente. Chirría la aplicación de una regla

civilista cuando la normativa contractual ya prevé los efectos derivados de un contrato nulo (artículo 42 LCSP). No todos los órganos consultivos reconocen la idoneidad de la revisión de oficio para regularizar la contratación irregular, rechazándola por razones de eficacia y por el abuso que significa recurrir a un procedimiento excepcional para “blanquear” de forma reiterada la contratación irregular. Los OCEX y otras instituciones antifraude han cuestionado, por su parte, el reconocimiento extrajudicial de créditos (o reconocimientos por enriquecimiento) para *convalidar* las contrataciones irregulares, frente al criterio de algunos órganos gestores e, incluso de algunos órganos judiciales, que admiten más generosamente su empleo como cauce “más eficaz” para pagar al contratista, sin necesidad de depurar previamente la irregularidad cometida. Por otra parte, no se paga lo mismo por una contratación anulada vía revisión de oficio (donde a su vez no es pacífico el descuento del beneficio industrial al contratista) que la cantidad reconocida en una sentencia judicial que declara el derecho del contratista, con fundamento en la prohibición del enriquecimiento injusto, a percibir el cobro íntegro de sus facturas, los costes de cobro, los intereses (de demora o legales), amén de imponer (generalmente) las costas a la Administración. Tampoco es pacífico determinar si el importe que se abona al contratista por una u otras vías es una indemnización o precio -lo cual tiene una indudable trascendencia fiscal- y ofrece dudas determinar desde cuando tiene el contratista derecho, si lo tiene, a percibir intereses de demora en un contexto de contratación irregular. En fin, hay expedientes de contratación irregular que se han tramitado por la vía de la responsabilidad patrimonial, posteriormente se han reconducido a revisiones de oficio y, en último término, tras el dictamen del órgano consultivo, se han “bautizado” como supuestos de responsabilidad contractual. En este controvertido escenario, urge mejorar la regulación de estos cauces y, en particular, aclarar los efectos económicos asociados a cada uno de ellos estableciendo legalmente, a título de ejemplo, el descuento de un determinado porcentaje del valor del contrato cuando concurre una causa de nulidad radical que no ha sido ajena al contratista o declarando la improcedencia de abonar intereses hasta que no se regularice (por algún cauce) la contratación irregular. La identificación de las causas de invalidez, su entidad y el contexto contractual en que se producen han de ponderarse a los efectos de acudir a una u otra vía.

52. Así sucedió en el asunto enjuiciado en la STS de 28 de mayo de 2020, rec. 5223/2018, con relación al abono a una empresa que continuó en la prestación de un servicio de limpieza al extinguirse el correspondiente contrato y constaba un encargo de la prórroga en términos y condiciones diferentes, que serían las aplicables.

53. Vid., Dictamen del Consejo de Estado 706/2021, de 27 de enero.

## Bibliografía

- **Aguado I Cudolá, V., (2017),** “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos” en VVAA, *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, pp. 223 y ss.
- **Atance Aparicio, L., (2020),** “Los usos y abusos de los reconocimientos extrajudiciales de crédito en el ámbito local”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 66.
- **Bauzá Martorell, Fj. (2016),** “Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.
- **Blanco Higuera, A. L., (2021),** “El enriquecimiento sin causa en la Ley de Finanzas de Cantabria: un análisis crítico”, *Auditoría Pública*, núm. 77.
- **Carretero Espinosa de Los Monteros, C., (2015),** “El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 93.
- **Chaves García, J.r. (2021),** “Legitimidad de los créditos reconocidos extrajudicialmente para evitar el enriquecimiento injusto”, disponible en <https://delajusticia.com/2021/01/26/legitimidad-de-los-creditos-reconocidos-extrajudicialmente-para-evitar-el-enriquecimiento-injusto>.
- **Martí I Sardá, I. (2020),** “La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares”, *Diario La Ley*, núm.9549, de 9 de enero de 2020.
- **Moreo Marroig, T.,** “Reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de fierabrás de la contratación irregular?”, *Blog Es Publico*, disponible en <https://www.administracionpublica.com/reconocimiento-extrajudicial-de-credito-el-articulo-60-2-del-decreto-5001990-de-20-de-abril-balsamo-de-fierabras-de-la-contratacion-irregular/>.
- **Olea Romacho, A.r. (2021),** “El reconocimiento extrajudicial de créditos. Análisis práctico global”, *Revista de Derecho Local*, núm. 92.
- **Ordóñez Solís, D., (2020),** “¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España”, *Revista CEFLegal*, núm. 243.
- **Pérez López, E. (2019),** “Los problemas jurídicos derivados de la contratación pública irregular en los municipios españoles. La revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos”, *Revista de Derecho de la UNED*; núm. 25.
- **Prada Rodríguez, A. Y Herrero González, E., (2015),** “Reconocimiento extrajudicial de créditos”, *Revista de Auditoría Pública*, núm. 66.
- **Rebollo Puig, M., (2006),** “Enriquecimiento sin causa y nemo auditur en el Derecho Administrativo”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 12, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- **Sesma Sánchez, B. (1999),** “La aparente nulidad de los gastos contraídos sin crédito presupuestario: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa”, *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, nº 101.
- **Valero Escribano, J.I., (2015),** “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XVII.
- **Vicente González, J.I. (2005),** “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local”, *Revista de Administración Pública*, núm. 168.

