



UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI



Universidad
Zaragoza

MARÍA MUT GIMÉNEZ

**LA CONTRATACIÓN IRREGULAR CUANDO SE PRODUCE
DE FORMA VERBAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Dirigido por la Sra. María Alba Marfà Florensa

Tarragona

2023

ÍNDICE

1. RESUMEN.	2
2. ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
3. INTRODUCCIÓN.....	5
4. CARÁCTER FORMAL DE LA CONTRATACIÓN.	8
5. LA CONTRATACIÓN VERBAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE: REGLA GENERAL Y EXCEPCIÓN.....	13
6. CONTRATACIÓN IRREGULAR VERBAL: ADJUDICACIÓN VERBAL O CONTRATO SIN TRAMITACIÓN PREVIA NI FORMALIZACIÓN.	20
7. ORDEN VERBAL DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO O PRÓRROGA TÁCITA.	30
8. MODIFICACIÓN VERBAL DEL CONTRATO O SIN SEGUIR EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.	38
9. ¿QUÉ EFECTOS PRODUCE LA CONTRATACIÓN VERBAL EFECTUADA DE MANERA IRREGULAR?	48
10. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE HAY QUE SEGUIR PARA REGULARIZAR LA SITUACIÓN CREADA?	54
❖ Doctrina del enriquecimiento injusto.	54
❖ Responsabilidad patrimonial.	56
❖ Reconocimiento extrajudicial de crédito.	57
❖ Revisión de oficio.	57
11. ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DE LA REVISIÓN DE OFICIO?	63
12. ¿QUÉ COMPRENDE EL VALOR DE LA PRESTACIÓN REALIZADA?	66
13. CONCLUSIONES.	81
14. BIBLIOGRAFÍA.....	83

1. RESUMEN.

El presente trabajo de investigación versa, dentro del ámbito del Derecho Administrativo en la materia de contratación pública, sobre la contratación irregular que se produce en nuestro país de forma verbal en el seno de las Administraciones Públicas.

En particular, el objeto de este Trabajo de Fin de Máster pretende analizar la regulación de la contratación verbal, determinando tanto los supuestos en que está permitida como aquellos casos en los que se considera irregular, así como qué pasa cuando un poder adjudicador realiza una contratación con un tercero sin seguir el procedimiento legalmente establecido en la vigente normativa de contratación pública española, examinando las consecuencias y efectos de tal actuación.

Palabras clave

Contratación pública; contratos verbales; contratación irregular; nulidad; revisión de oficio; enriquecimiento injusto.

ABSTRACT

The present research work focuses, within the field of Administrative Law in the area of public contracting, on the irregular contracting that occurs in our country verbally within Public Administrations.

In particular, the objective of this Master's Thesis is to analyze the regulation of verbal contracting, determining the cases in which it is allowed and those in which it is considered irregular, as well as what happens when a contracting authority carries out a contract with a third party without following the procedure legally established procedure under the current Spanish public contracting regulations, analyzing the consequences and effects of such action.

Keywords

Public contracting; verbal contracts; irregular contracting; nullity; ex officio review; unjust enrichment.

2. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AN - Audiencia Nacional

BOE - Boletín Oficial del Estado

CC - Código Civil

CCAA – Comunidad Autónoma

CCAN - Consejo Consultivo de Andalucía

CCA - Consejo Consultivo de Aragón

CCLR - Consejo Consultivo de La Rioja

CE - Consejo de Estado

CJAC - Comisión Jurídica Asesora de Cataluña

CNMC - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

IVA - Impuesto sobre el Valor Añadido

JCCPE - Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

JCCA - Junta Consultiva de Contratación Administrativa

JCCAC Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña

JCCV Junta Consultiva de Contratación Valenciana

JCAS - Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Santander

LCSP - Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

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

LRJSP Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

OIREscon - Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

PCAP - Pliego de cláusulas administrativas particulares

PIB - Producto Interior Bruto

S - Sentencia

TRLCSP - Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre

TACRC - Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TSJA - Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

TSJC - Tribunal Superior de Justicia de Canarias

TSJCM - Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

TSJCL - Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

TS - Tribunal Supremo

3. INTRODUCCIÓN.

La contratación pública representa más del 15%¹ del PIB de los países a nivel mundial, siendo en el caso de España aproximadamente el 20%² del PIB, por lo que, sin duda, constituye una de las actividades administrativas que mayor influencia tiene en el desarrollo económico de nuestro país, siendo estratégica y fundamental para fomentar políticas sociales, medioambientales y económicas a nivel nacional.

En ese sentido, la CNMC en su Informe 1/15, de 5 de febrero de 2015, sobre el análisis de la contratación pública en España, señala que se trata del ámbito más importante de actuación económica de las Administraciones Públicas, con incidencia clave en los procesos productivos, en la competencia y en los fenómenos de corrupción, resultando imprescindible para implementar las distintas políticas públicas.

E igualmente, el “*Informe anual de supervisión de la contratación pública, Módulo I: las cifras de la contratación pública en 2021*” de octubre de 2022, elaborado y publicado por la OIREscon, señala que la contratación pública, además de suponer una eficaz y estratégica herramienta imprescindible para implementar las distintas políticas públicas, tiene una importancia reconocida en la gran mayoría de los países del mundo, por su aportación directa e indirecta al crecimiento económico y a la creación de empleo en la economía.

En la contratación pública pueden distinguirse diferentes fases: preparación, adjudicación y ejecución del contrato, y ésta, a su vez, se subdivide en: efectos, modificación y extinción.

La normativa española vigente en materia de contratación contiene una regulación bastante extensa sobre la fase de preparación y adjudicación, que determina la previa tramitación del correspondiente expediente de contratación para culminar con la adjudicación a la mejor oferta calidad-precio, cuyo cumplimiento resulta de especial importancia a efectos de la validez de la relación contractual celebrada.

¹Tal y como se refleja en las estadísticas del “Government at a Glance” recogidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el peso de la contratación pública se situaría entre un 13 y un 20% del PIB a nivel mundial.

² Según el Observatorio de Contratación Pública, la contratación pública representa aproximadamente el 20% del PIB de España.

En ese sentido, resulta vital identificar las necesidades a satisfacer por la Administración de manera planificada para, posteriormente, fijar la viabilidad de los proyectos en función de los recursos públicos o privados disponibles.

A tal efecto, la legislación actual refuerza la fase inicial de planificación, requiriéndose que las entidades del sector público programen y publiquen la actividad de contratación pública que se va a desarrollar en un ejercicio presupuestario o período plurianual. Si bien, según ha indicado la OIRESCON en su último informe publicado en diciembre de 2022 solo el 37.42% de los entes tienen publicados sus planes anuales de contratación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La legislación vigente tiene como objetivo conseguir que la contratación pública se conciba como una actividad realmente estratégica y no como una mera burocracia. Por su parte, la ejecución del contrato también deviene clave para satisfacer el interés general y las necesidades públicas perseguidas con la contratación en cuestión. Sin embargo, es la gran asignatura pendiente en nuestro país, ya que, con carácter general, y hasta hace muy poco, la mayor parte de la legislación se centraba en las dos primeras fases, marginando la ejecución del contrato a una parte muy residual.

No obstante, como consecuencia de la influencia de las Directivas europeas en la materia, la legislación española vigente ha reforzado la exigencia de un mayor control en la ejecución de la relación contractual del sector público, incluyendo la figura del responsable del contrato.

Y ello por cuanto no sólo la preparación y adjudicación del contrato son importantes para garantizar la transparencia, el gasto eficiente, la integridad, la igualdad de trato y la buena administración, entre otros principios, sino también la ejecución correcta del mismo.

En particular, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo, además de señalar cuándo se puede contratar verbalmente por parte del poder adjudicador Administración Pública, este estudio se centrará, principalmente, en considerar aquellos supuestos en los que la contratación verbal no se ajusta a Derecho, determinando cuáles son los efectos y consecuencias de dicha celebración irregular.

En definitiva, el presente trabajo de fin de Máster tiene por objeto señalar qué contratación irregular se ha producido (es decir, qué precepto o procedimiento legalmente

establecido no se ha seguido por parte del órgano de contratación), cuáles son las consecuencias de dicha actuación y, principalmente, de qué alternativas dispone el poder adjudicador para regularizar tal acción y, en su caso, cómo proceder al pago de los trabajos efectuados por un tercero.

La citada investigación también abarca el estudio sobre si es necesario que se incoe un procedimiento de revisión de oficio, o si directamente puede activarse el mecanismo del enriquecimiento injusto como una institución creada para regularizar el pago de los referidos encargos o contrataciones irregulares. señalar cuándo se puede contratar verbalmente por parte del poder adjudicador Administración Pública, este estudio se centrará, principalmente, en considerar aquellos supuestos en los que la contratación verbal no se ajusta a Derecho, determinando cuáles son los efectos y consecuencias de dicha celebración irregular.

4. CARÁCTER FORMAL DE LA CONTRATACIÓN.

El contrato constituye fuente de obligaciones entre las partes y representa la voluntad de crear un vínculo jurídico a partir de un interés coincidente, tal y como establece el CC en su artículo 1089. Los contratos son acuerdos jurídicamente vinculantes, pues, como dispone el art. 1091 del CC, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, es lo que se denomina “*lex contractus*”³.

El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento y eje de la contratación, otorgando a las partes un amplio margen de actuación para determinar el contenido de las obligaciones y sus efectos. Así, el CC en su artículo 1255 dispone que “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”. El principio básico que rige las relaciones entre las partes en la ejecución de los contratos es el del cumplimiento de lo pactado, “*pacta sunt servanda*”, y así lo establece para los contratos públicos el vigente artículo 189 de la LCSP⁴.

Ahora bien, como señala ESCRIBUELA MORALES F.J.⁵, la evolución social, por un lado, y el propio crecimiento del Estado, por otro, han venido demandando la intervención de los poderes públicos, lo que se ha traducido en la imposición de contenidos en los contratos al margen de la libertad de las partes y con fundamento en el interés de la comunidad y en el restablecimiento del principio de igualdad. La protección de la igualdad de los contratantes se configura, pues, como un presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales.

Los contratos celebrados por el sector público, como contratos de naturaleza especial dadas las peculiaridades propias del sector y de las prerrogativas de que goza la Administración, justifican las reglas especiales que rigen la contratación pública.

³ CANO CAMPOS, T. (2023). Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 100-124.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Contratos del Sector Público y Derecho de la Unión. *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto (2016), págs. 83-102.

⁵ ESCRIBUELA MORALES F.J Esta doctrina forma parte del libro "*La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios, 4ª edición*", edición nº4, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2012.

La contratación pública es estrictamente formalista, por eso para el perfeccionamiento del contrato, se exige con carácter necesario su formalización y se prohíbe la contratación verbal, salvo casos de emergencia.

No obstante, por lo que se refiere a tal prohibición, cabe advertir que la regulación normativa en materia de contratación pública ha ido evolucionando teniendo en cuenta el contexto económico y social vigente en cada momento hasta alcanzar la ordenación actual.

Así, en una primera regulación, el artículo 41 del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965 de 8 de abril, únicamente prohibía la contratación verbal de los contratos de obras. En concreto, el citado precepto disponía que ***“La Administración no podrá contratar verbalmente la ejecución de obras, cualquiera que sea la cuantía de las mismas, ni podrá iniciarlas sin la previa formalización del contrato correspondiente, excepto en los casos a que se refieren los artículos 26 y 27 de esta Ley”***.

No obstante, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ya contiene en su artículo 56 la prohibición genérica de la contratación verbal en los siguientes términos: ***“La Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia”***.

Igualmente, el carácter formal de la contratación administrativa viene declarado en el artículo 28 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En este precepto se establece la prohibición de la contratación verbal, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia. En ese caso, la contratación verbal de emergencia está permitida cuando la Administración deba actuar de forma inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan un grave peligro o porque deba atender a necesidades que afecten a la defensa nacional. En estos casos tasados se permite obviar todos los trámites establecidos, incluso el requisito de existencia de crédito adecuado y suficiente, pero siempre se actúa con sujeción a un límite temporal y objetivo que obliga a, superada la situación de emergencia, iniciar un expediente de contratación para completar las actuaciones que no tengan dicho carácter, con arreglo a los preceptos que regulan la tramitación ordinaria en la LCSP.

Idéntica regulación se contiene en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

Asimismo, la vigente LCSP, prohíbe en idénticos términos la contratación verbal en su artículo 37, salvo que en el contrato tenga carácter de emergencia.

Las contrataciones que se lleven a cabo fuera de este marco legal establecido, como veremos, adolecerán del vicio de nulidad y, por tanto, no podrán ser eficaces.

El TS ya en su Sentencia de 13 de julio de 1989, configura la contratación administrativa como eminentemente formal. Este mismo criterio jurisprudencial ha sido aplicado por el TS en Sentencias de 22 de enero de 1975, 21 de abril de 1976, 3 de noviembre de 1980, 9 de noviembre de 1999, 27 de diciembre de 1999 y 25 de octubre de 2005.

El carácter eminentemente formalista de la contratación pública española, por un lado, trae causa de la normativa europea. Como afirma GIMENO FELIU, J.M.⁶, el derecho de la Unión Europea ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos, como así se reconoce en la Exposición de Motivos de la LCSP.

La contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública hacia la idea la contratación pública como *“herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”*. Cuestión sobre la que insiste la reciente la Comisión Europea, que tiene como principal objetivo la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE.

La regla general de prohibición de la contratación verbal, por otro lado, es consecuencia del contexto de corrupción que se ha vivido en nuestro país.

⁶ GIMENO FELIU, J.M. *La Ley de contratos de sector público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Seminari de Dret Local. Federació de Municipis de Catalunya.

GIMENO FELIU, J.M., señala que la corrupción es una amenaza al funcionamiento de cualquier Estado de Derecho, que debe ser analizada desde la perspectiva de la buena administración exigible a todo poder público (en tanto gestiona intereses generales). Y donde no es admisible ni la indiferencia o indolencia, ni mucho menos, su justificación como elemento necesario para el funcionamiento económico e institucional. Por corrupción entendemos, en las organizaciones públicas, la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores⁷.

En consecuencia, la contratación pública en España no puede ser, salvo en casos de emergencia, de carácter verbal, exigiéndose la formalización del oportuno contrato por escrito.

Sin embargo, lo cierto es que son numerosos los supuestos que en la práctica encontramos de contratación irregular por parte de las Administraciones Públicas, esto es, sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

Las causas son variadas, siendo en muchos casos la falta de planificación y de profesionalización del personal en materia de contratación las verdaderas razones de dicho resultado final.

No obstante, y a efectos de delimitar el ámbito del presente trabajo, tras realizar un rápido sondeo de los asuntos más habituales, podemos concluir que la contratación verbal, considerando como tal la adjudicación directa, la continuidad o prórroga forzosa, así como la ejecución de modificaciones en los contratos sin la preceptiva tramitación del procedimiento de aprobación previa, concurre en la práctica con mayor frecuencia de la deseada.

No es aislado el caso, por ejemplo, en el que una Corporación local para dar continuidad al servicio público de prestación obligatoria de recogida de residuos y limpieza viaria, cuyo contrato finaliza sin haberse iniciado el nuevo procedimiento de licitación, conviene verbalmente con el actual adjudicatario una prórroga tácita del servicio, no prevista en el contrato inicial y expresamente prohibida por la legislación.

⁷ GIMENO FELIU, J.M. La Ley de contratos de sector público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones. Seminari de Dret Local. Federació de Municipis de Catalunya.

También encontramos en ocasiones el encargo verbal de un Concejal a una empresa para realizar una obra o prestar el servicio -que no se considera urgente ni de emergencia de conformidad con la LCSP- al margen de los procedimientos legales de contratación.

Otro supuesto habitual es de la ejecución de una modificación sustancial de un contrato o de una modificación que, sin ser sustancial, no ha sido aprobada con carácter previo, por ejemplo, una obra ya finalizada en la que, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para la modificación del contrato, se han ejecutado unidades de obra no previstas inicialmente en el proyecto, lo que acontece con cierta asiduidad.

5. LA CONTRATACIÓN VERBAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE: REGLA GENERAL Y EXCEPCIÓN.

Como se ha expuesto, los contratos verbales están expresamente prohibidos en el artículo 37.1 de la LCSP, en virtud del cual “*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 carácter formal de la contratación pública establecido legalmente señala, por tanto, que los entes del sector público no pueden contratar verbalmente, salvo en supuestos aceptados por la normativa vigente en que concurra una situación de emergencia.

Sobre el marcado carácter formal de la contratación administrativa se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, STS de fecha 18 de diciembre de 2001 (Rec. 9233/1997) y STS de 13 de julio de 1989.

Por consiguiente, la contratación verbal está prohibida en la legislación vigente en materia contractual, salvo que concurran acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan un grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional, en cuyo caso se prevé un régimen de tramitación de emergencia en el artículo 120 de la LCSP⁸.

⁸ Artículo 120. Tramitación de emergencia.

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

Este régimen excepcional, tal y como señala el apartado primero del artículo 120 de la LCSP (cuando concurren las causas detalladas en el anterior párrafo), habilita al órgano de contratación a ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, esto es sin la obligación de tramitar un expediente de contratación y consiguientemente contratar verbalmente.

No obstante, en su apartado segundo, el citado precepto matiza que las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a los procedimientos de licitación ordinarios, sin poder acudir a dicha tramitación excepcional.

Al objeto de precisar los concretos límites que deben apreciarse para el empleo de este régimen excepcional, se ha pronunciado el TACRC en su Resolución 102/2017, en cuya virtud las condiciones que deben concurrir para poder aplicar tal excepción son las siguientes:

- Que concorra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia.

Como señala GARCIA MELIÁN, JC⁹, la tramitación de emergencia es un régimen excepcional de la contratación pública, que se caracteriza por proceder única y exclusivamente en casos taxativos, así como por la dispensa de tramitar expediente, esto es, por la inexistencia de procedimiento alguno para contratar, lo que habilita la

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.

⁹ GARCÍA MELIÁN, J. C. (2020). “La contratación pública de emergencia”. Wolters Kluwer. Nº 167.

contratación verbal ex artículo 37 LCSP, siendo incluso innecesaria la previa existencia de crédito, pudiendo procederse también a la ejecución antes de su formalización.

- Que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia.

A estos efectos, la JCCPE en su Resolución nº17/2019 dispone que cuando el legislador aborda la regulación del procedimiento de emergencia transmite la idea de que la principal cautela que debe mantenerse respecto del empleo de este procedimiento es el adecuado respeto del principio de concurrencia y de igualdad de los licitadores y que, sólo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación.

En palabras del TS, en su Sentencia de 20 de enero de 1987, que reproduce el acuerdo de la JCCA de 20 de junio de 2003 *“el examen de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de este régimen excepcional ha de ser hecho con un criterio de rigor por el riesgo que implica de no preservar adecuadamente el principio básico que anima a toda la contratación administrativa de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados asegurando de paso, con ello, la moralidad administrativa (...). Y añade que “(...) no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que **lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión**”.*

- Que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación, quien se responsabiliza de motivar la concurrencia de una circunstancia excepcional y de acreditar su existencia.
- Que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación.

- Y que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

La contratación verbal de emergencia, que está permitida en los casos legalmente tasados, permite obviar todos los trámites establecidos en la normativa de contratación pública, incluso el requisito de existencia de crédito adecuado y suficiente, pero siempre se actúa con sujeción a un límite temporal y objetivo que obliga a, superada la situación de emergencia, iniciar un expediente de contratación para completar las actuaciones que no tengan dicho carácter con arreglo a los procedimientos ordinarios.¹⁰

Según afirma la doctrina, entre los que destaca dicho autor, se trata, pues, de situaciones perfectamente identificables que justifican el quebrantamiento de los principios generales de la contratación pública enumerados en el artículo 1 de la LCSP¹¹, entre otros, libertad de acceso a las licitaciones o libre concurrencia¹², no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores¹³, publicidad, transparencia¹⁴ y libre competencia.

¹⁰ PINTOS SANTIAGO, J.; PÉREZ BRAVO, J. (2020). “Contratación pública y COVID-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria”. Gabilex. Revista del gabinete jurídico de Castilla la Mancha. Nº21.

¹¹ El Título I de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se intitula “Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales” y dedica su artículo 18 a los “Principios de la contratación” para establecer que “*los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluir la del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia*”.

¹² La libre concurrencia en la selección de los contratistas persigue la satisfacción de los intereses de la Administración al mejorar la eficiencia de los recursos públicos, pues al fomentar la competencia entre los empresarios del sector, promueve las ofertas empresariales y favorece el conocimiento de la que sea más rentable para los intereses de la Administración.

¹³ La Sentencia de la Sala novena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 2 de mayo de 2019 (Lavorgna Srl, C-309/18), recuerda que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades al redactar los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores.

Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartados 36 y 51).

¹⁴ El artículo 1 de la LCSP incluye la integridad entre los principios de la contratación con la finalidad de prevenir y luchar contra la corrupción en la contratación pública. El principio de integridad, que forma parte del derecho a la buena administración que garantiza el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales

Es decir, la necesidad de actuar de manera inmediata es la que justifica la ausencia de los trámites formales y ordinarios que exige cualquier expediente de contratación, por ello se requiere que el plazo de inicio de la ejecución del contrato no sea superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo por el que se declare la emergencia.

La tramitación de emergencia debe limitarse, a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia y, salvo que concurren esas circunstancias, los plazos y trámites serán los ordinarios previstos en la LCSP¹⁵.

La jurisprudencia ha definido el término indispensable como una situación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión¹⁶.

Esto es, este tipo de tramitación debe limitarse a lo estrictamente indispensable para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia, tanto desde el punto de vista objetivo, realizando lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, como temporal pues requiere que se actúe con inmediatez y que se cese en la contratación de emergencia cuando la situación excepcional habilitante haya desaparecido¹⁷.

de la Unión Europea, implica transparencia, buena gestión, prevención de malas conductas y rendición de cuentas.

La transparencia se refiere “a la apertura y el libre flujo de información” lo que supone, en la que sin duda constituye una de sus manifestaciones más destacadas, publicidad de la información sobre la actividad contractual desarrollada por las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la LCSP. En términos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (“Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, op. cit., pág. 1907).

Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador.

Guichot, E., & Barrero Rodríguez, C. (2023). La transparencia en la contratación pública y sus límites. Tirant lo Blanch. <https://biblioteca-tirant-com.sabidi.urv.cat/cloudLibrary/ebook/info/9788411475051>.

¹⁵ Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 20/2003.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de fecha 4 de febrero de 2010, con remisión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1983.

¹⁷ Informe JCCA número 21/2001, y Resolución de 27 de junio de 2003, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se hace público el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE número 195).

En consecuencia, como viene defendiendo la doctrina, este tipo de contratación es la modalidad extraordinaria o excepcional¹⁸ de tramitación del expediente de contratación que permite que el órgano de contratación comience la ejecución de un contrato, sin necesidad de sujetarse a la tramitación ordinaria o urgente, por la aparición de las situaciones señaladas que demandan, por razones de interés público, su intervención inmediata.

Por lo que respecta al trámite de dar cuenta de los acuerdos de este tipo de contratos al Consejo de Ministros o a los Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas en el plazo máximo de 30 días naturales, es preciso señalar que debe contener la información detallada de las razones que justificaron la tramitación de emergencia y del cumplimiento exhaustivo de los requisitos y condiciones legalmente establecidos.

Un claro ejemplo de contratación de emergencia tuvo lugar precisamente en el contexto de la crisis sanitaria del COVID-19 en aras a garantizar la disponibilidad de equipos de protección individual, como mascarillas y guantes de protección, productos sanitarios, como los respiradores y otros suministros médicos, así como de infraestructura hospitalaria e informática, entre otros.

En tal caso, los poderes adjudicadores pudieron recurrir a la contratación de emergencia para hacer frente a tal crisis en tanto dicha situación presentaba una urgencia extrema e imprevisible.

Así, por todos, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, determinaba que para la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificaba la necesidad de actuar de manera inmediata, de tal manera que los contratos que hubieran de celebrarse en relación con dichas medidas, le resultaba de aplicación la tramitación de emergencia.

No obstante, tal contratación era meramente excepcional, por lo que, siempre que fuera posible atendiendo a las circunstancias y a la necesidad, en caso de urgencia se podía recurrir a las posibilidades de reducir sustancialmente los plazos para acelerar los

¹⁸ CANALES MENÉS, P. (*Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico*, 2022, Estudios jurídicos), señala que el empleo de este régimen excepcional ha de ser objeto de aplicación restrictiva y debidamente justificada.

procedimientos abiertos o restringidos y, en caso de que tal flexibilidad no bastara, también podía preverse un procedimiento negociado sin publicidad por razones de imperiosa urgencia del artículo 168.b).1º de la LCSP. E incluso también podría justificarse la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que éste fuera el único que pudiera proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que imponía la extrema urgencia, en virtud del procedimiento negociado sin publicidad -previsto en el artículo 168.a). 2º LCSP (por razones técnicas); sin perjuicio de recurrir a la contratación menor cuando concurren los presupuestos del artículo 118 de la LCSP.

Por tanto, la excepción a la prohibición de la contratación verbal se limita a aquellos supuestos para contratar lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida. Asimismo, como decimos, la emergencia requiere la inmediatez con la acción que la justifica, sin que pueda dilatarse en el tiempo, debiendo cesar cuando la situación haya desaparecido.

En consecuencia, salvo que la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, en cuyo caso se permite contratar verbalmente sin obligación de tramitar expediente de contratación previo, en la legislación española no cabe como regla general la contratación verbal.

6. CONTRATACIÓN IRREGULAR VERBAL: ADJUDICACIÓN VERBAL O CONTRATO SIN TRAMITACIÓN PREVIA NI FORMALIZACIÓN.

El eminente carácter formal de la contratación pública implica que, en todos los contratos que celebren los poderes adjudicadores sujetos a la LCSP, se haya llevado a cabo la preparación del contrato, la selección del contratista (procedimiento de contratación), la adjudicación en los términos previstos en los pliegos y en su defecto en la LCSP, así como que se contemplen los efectos, el cumplimiento y la extinción del contrato. Por consiguiente, la contratación verbal, a excepción del régimen tratado en el punto anterior, no estaría permitida.

Ahora bien, pese a no ser admitida con carácter general dicha tipología de contratación, lo cierto es que en la práctica podemos encontrar diversas situaciones de contrataciones irregulares efectuadas de manera verbal por parte de las Administraciones Públicas.

La primera modalidad de contratación verbal que constituye el objeto del presente punto es precisamente aquella que se efectúa sin actos preparatorios, esto es, sin instruir expediente ni procedimiento previo alguno.

En este tipo de contrataciones verbales el acto de adjudicación se lleva a cabo automáticamente, es decir, con la ausencia de un expediente de contratación conforme a las reglas contenidas en los artículos 116 y 117 de la LCSP, que regulan el proceso a seguir para la iniciación, tramitación y aprobación previa del expediente de contratación necesario para la celebración de los contratos por parte de las Administraciones públicas.

En concreto, en virtud de lo dispuesto en los citados preceptos, todo contrato requiere de la tramitación previa de un expediente, cuyo contenido mínimo será al menos el siguiente:

- Acuerdo de inicio del órgano de contratación motivando la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

- Pliego de cláusulas administrativas particulares¹⁹, salvo que se trate de un procedimiento de diálogo competitivo o de contratos basados, en cuyo caso será sustituido por el documento oportuno.
- Pliego de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato, salvo que se trate de un procedimiento de diálogo competitivo o de contratos basados, en cuyo caso será sustituido por el documento correspondiente.
- Memoria justificativa, en la que se motiven los siguientes aspectos: elección del procedimiento de licitación; clasificación que se exija a los participantes; criterios de solvencia técnica o profesional, así como de solvencia económica y financiera; criterios de valoración, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo; valor estimado del contrato; la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso; y en los contratos de servicios, la insuficiencia de medios.
- Certificado de existencia de crédito, o en el caso presupuesto estimativo documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Resolución motivada del órgano de contratación aprobando el expediente contractual y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación, así como aprobando el oportuno gasto.

Pues bien, en estos casos, al no aprobarse previamente un expediente de contratación, no existe la citada documentación preceptiva.

¹⁹ El PCAP ostenta un carácter esencial y fundamental en el procedimiento administrativo de contratación pública, en tanto regula los elementos más elementales, básicos y principales del contrato objeto de licitación, así como los requisitos de selección y presupuestos de admisión para poder concurrir en ella. El PCAP regula, pues, tanto el proceso, como la adjudicación y los efectos del contrato una vez adjudicado.

El PCAP debe aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, pudiendo modificarse tras su aprobación únicamente por error material, de hecho o aritmético, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122.1 de la LCSP. El contenido mínimo del PCAP se encuentra estipulado en el artículo 122.2 de la LCSP.

Asimismo, ante la falta absoluta de la preparación del contrato, no puede cumplirse con la exigencia del artículo 63 de la LCSP relativa a la publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación de los siguientes documentos, vulnerándose los principios de publicidad y transparencia en la contratación pública:

- a) La memoria justificativa del contrato, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el objeto detallado del contrato, su duración, el presupuesto base de licitación, así como el importe de adjudicación, incluido el IVA.
- b) El informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios.
- c) El pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes.
- d) El documento de aprobación del expediente.
- e) Los anuncios de información previa, de convocatoria de las licitaciones, así como de adjudicación y de formalización de los contratos.
- f) Los medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.

Consecuentemente, tampoco se tramita ninguno de los procedimientos de adjudicación contemplados en los artículos 156 y siguientes de la LCSP (procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento negociado con o sin publicidad, diálogo competitivo, procedimiento de asociación para la innovación, concurso de proyectos), encomendándose el contrato directamente a una determinada mercantil, lo cual conculca gravemente con los principios más elementales de la contratación pública consagrados en el ya citado artículo 1 y artículo 132, ambos de la LCSP, además de las normas relativas a todo procedimiento de contratación estipuladas en los artículos 131 y ss. de la LCSP.

Esto es, ante la ausencia de la tramitación previa del expediente de contratación y la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de publicidad del artículo 63 LCSP,

difícilmente puede tramitarse la adjudicación de un contrato a través de uno de los procedimientos establecidos en el artículo 156 y ss. de la LCSP y, consiguientemente, se atenta con los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Ítem más, cabe advertir que, no sólo se contravienen los principios rectores de la contratación pública, sino que también comporta el incumplimiento de las reglas contenidas en los artículos 65 y ss. de la LCSP relativas a los criterios de selección del contratista. Es decir, en supuestos como los que nos ocupan no se verifica la aptitud para contratar con el sector público, esto es, la capacidad y solvencia técnica o profesional y económico o financiera del adjudicatario, así como que no incurra en ninguna de las causas de prohibición de contratar, con los consiguientes riesgos que ello conlleva.

También quedarían englobados en esta tipología los contratos menores por razón de la cuantía (obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y servicios o suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros) que no se tramiten conforme a las reglas del artículo 118 de la LCSP.

En el caso de la contratación menor, si bien la tramitación del expediente es más laxa, a partir de la entrada en vigor de la LCSP también se exigen unos trámites mínimos -siempre y cuando el valor estimado sea superior a 5.000 euros y el pago no se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar-, como son la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de la normativa de contratación, así como la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente. Si se trata de un contrato de obras, además de lo anterior, debe añadirse el presupuesto de las obras, y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Asimismo, los contratos menores -salvo los pagos menores citados anteriormente- deben ser objeto de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación con carácter trimestral, publicando, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación (incluido el IVA) y la identidad del adjudicatario.

Al respecto, cabe advertir que el procedimiento para la contratación menor en la legislación anterior, que estaba constituida por el artículo 111 y 138.3 del TRLCSP, no

exigía una tramitación previa de expediente, sino que era suficiente con la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y si el contrato era de obras se añadía, además, su presupuesto e informe de supervisión cuando el trabajo afectaba a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Por consiguiente, una de las principales novedades de la legislación contractual vigente es, sin duda, la tramitación de un expediente en la contratación menor, ya que en la normativa anterior no se establecía ningún procedimiento para su adjudicación por el órgano de contratación, por lo que carecía del carácter formal del resto de contratos públicos.

Sin embargo, las previsiones contenidas en el actual artículo 118 de la LCSP exigen, como se ha expuesto, una serie de requisitos sustantivos y procedimentales en relación con los contratos menores.

Pues bien, en esta modalidad se englobaría, en primer lugar, aquellos supuestos en los que la Administración hace caso omiso a las preceptivas exigencias contenidas en la normativa de contratación a las que hemos hecho referencia y su actuación carece de justificación u argumentación que ampare este modo de proceder.

Estaríamos, por ejemplo, en aquellos casos en los que se ha producido simplemente una orden verbal, sin que se haya celebrado ningún acto escrito ni se haya seguido el procedimiento legalmente establecido.

Ocurre cuando alguien con apariencia de autoridad, encarga verbalmente la realización de una prestación o la entrega de un bien prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y de sus formalidades, por lo que la actuación se ejecuta y la empresa presenta una factura, con independencia de que se trate de una contratación menor o no.

De hecho, no son pocas las Sentencias de nuestros Tribunales de Justicia que versan sobre reclamaciones de empresas que han prestado un servicio o ejecutado una obra por encargo verbal, esto es, sin efectuar los actos preparatorios, la aprobación previa del expediente de contratación, sin la publicidad oportuna, sin la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, y sin formalizar el oportuno contrato por escrito.

En ese sentido, interesa destacar la **SAN n°352/2019, de 20 de noviembre de 2019**²⁰, en la que se conoce sobre una reclamación del pago de facturas por importe de 92.860,50 euros más IVA por la ejecución de diversos trabajos de asistencia por parte del recurrente al Instituto Nacional de Tecnología Espacial "*Esteban Terradas*", sin que se acredite la existencia de un contrato.

Pues bien, en la citada resolución judicial se ratifica uno de los principios rectores de la contratación pública, afirmando que *“una de las características específicas del contrato administrativo radica en ser esencialmente formalista, por contraste con el principio espiritualista propio de la contratación civil y mercantil, dado que la formación del consentimiento contractual en el Derecho administrativo viene normalmente sometida a un procedimiento de formalidades predeterminadas que culminan con el acto final que señala el momento en el que se perfecciona el contrato (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1985 o de 31 de octubre de 1986), de ahí que los requisitos de forma que presiden la generación y perfeccionamiento de los contratos administrativo son ineludibles, en cuanto salvaguardan los principios de libre concurrencia, publicidad, contradicción e igualdad de oportunidades (por todas, sentencia del mismo Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988), por lo que se prohíbe la contratación verbal, salvo en los casos de emergencia, debiendo formalizarse el contrato en los términos normativamente previstos (artículo 28 de la Ley de Contratos)”*.

No obstante, en el supuesto de autos la mercantil reclamante no logra acreditar la existencia de la relación contractual aducida, que es negada en todo momento por la Administración demandada.

Por tanto, ante la inexistencia de prueba válida, no estimándose acreditada la existencia del contrato, la Audiencia Nacional declara la improcedencia del pago de las facturas reclamadas.

Y, en ese sentido, la mencionada Sentencia concluye que hay que distinguir *“entre los contratos irregulares, como pueden ser los nulos o anulables (artículos 31 y siguientes de la Ley de Contratos), que toman como presupuesto la existencia de un contrato, aunque viciado, y los inexistentes, en los que no cabe admitir la existencia de*

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 20 de noviembre de 2019, Rec. 145/2019, Ponente: José Luis Gil Ibáñez, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª (LA LEY 236545/2019).

ningún vínculo contractual”, lo que pone de relieve la importancia de la prueba, cuya carga soporta quien recurre²¹.

En segundo lugar, siendo uno de los supuestos más reiterados de este tipo de contratación irregular, es el encargo verbal al que se recurre para hacer frente a determinadas situaciones que, pese a no ser emergencia en términos legales, han derivado en una cierta urgencia como consecuencia de una deficiente planificación de las necesidades por parte del órgano de contratación.

Así, por ejemplo, la **SJCAS nº19/2022 de 27 de enero de 2022**²², versa sobre la reclamación económica para el pago de una factura por importe de 10.206,35 euros correspondiente a los trabajos de transportes de material en las pistas forestales municipales efectuados por la mercantil recurrente durante el mes de septiembre de 2020 al Ayuntamiento de Guriezo.

A diferencia del supuesto anterior, en este caso podría tratarse de un contrato menor de servicios sin llevar a cabo la preceptiva tramitación previa del expediente del artículo 118 de la LCSP.

Según arguye la demandante, los trabajos se hicieron por encargo verbal del concejal responsable, sin procedimiento alguno.

Precisamente, el Juzgador señala que *“respecto al procedimiento de contratación, como se ha indicado, no hay prueba alguna de la tramitación de un expediente escrito, aunque sea de contratación menor. Del EA remitido y del acta del Pleno municipal de 25-3-2021 que incluye la mención al informe del Secretario Interventor, resulta que **no ha habido procedimiento alguno y los servicios obedecen a encargo verbales, al parecer, del concejal Presidente de la comisión Informativa de montes, sin consignación presupuestaria. La razón era la necesidad de portar material de las pistas forestales municipales. Se aportan los albaranes, no impugnados, con los servicios de cada día. Frente a esto, no hay prueba de que se hayan rechazado las obras y parece que son***

²¹ Si bien, lo cierto es que el supuesto expuesto es un caso bastante excepcional, ya que en la práctica resulta bastante sencillo poder acreditar la existencia de un vínculo contractual (listado de llamadas, WhatsApp, prestación servicio/suministro o ejecución de una obra, facturas de proveedores, testigos, etc.), resultando la prueba, como decimos, decisiva.

²² Sentencia nº19/2022 de 27 de enero de 2022, Rec. 296/2021, Ponente: Varea Orbea, Juan, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N°1 de Santander (LA LEY 61865/2022).

disfrutadas por el municipio. Es decir, no hay prueba de la existencia de un expediente lo que, en todo caso, nos coloca ante un contrato celebrado verbalmente con la administración”.

Pues bien, reconocida la existencia de un contrato verbal, la mencionada Sentencia afirma que *“estamos ante un contrato verbal, no formalizado ni para cuya adjudicación se ha seguido procedimiento alguno (...). Ha de recordarse que la contratación administrativa es eminente formal, constituyendo tal forma un requisito esencial de validez del contrato sin la cual el mismo deviene inexistente, conforme resulta de los arts. 36, 37, 38, 39, 153 LCSP y 47 Ley 39/2015. En el presente caso, no se ha seguido procedimiento alguno, ni siquiera el fijado para los contratos menores, siendo nulo el contrato. Esto significa que ninguna de las partes puede hacer valer las estipulaciones frente al otro, ni por cláusulas suspensivas ni por régimen especial de contratación pública o penas o indemnizaciones pactadas”.*

Ahora bien, habiéndose prestado un servicio por parte del reclamante, no puede desampararse al contratista, tal y como será objeto de análisis en apartados posteriores, por lo que el Juzgador a quo reconoce la pretensión de la mercantil actora.

Otro supuesto ejemplificativo es la contratación verbal a un tercero para ejecutar un contrato en su día adjudicado. La **STS de 28 de abril de 2008**²³ analiza la pretensión económica de la mercantil recurrente por las obras realizadas por encargo verbal de la Administración.

Así, se trata de un encargo expreso y verbal que realiza a la demandante el Director de las Obras y responsable técnico -en concreto, el Jefe del Servicio Provincial de Lugo de Estructuras y Desarrollo Rural de la Consellería de Agricultura, Ganadería e Montes de Lugo-, consistente en la finalización de las obras de adecuación de los caminos rurales del municipio ante el abandono de la misma por la empresa inicialmente adjudicataria, pactándose un precio de 79.626,98 euros entre ambas partes por las obras que restaban.

Como consecuencia de dicha contratación verbal, la recurrente ejecutó las obras y trabajos que faltaban y que la contratista anterior dejó de realizar por dificultades técnicas y económicas.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2008, Rec. 299/2005, Ponente: Celsa Pico Lorenzo (LA LEY 32038/2008).

La Sala de instancia, partiendo de la prohibición de la contratación verbal en el ámbito de la contratación pública, considera que se trata de una relación contractual civil.

Sin embargo, nuestro más Alto Tribunal revoca la sentencia de instancia y reconoce el derecho al abono de la cantidad reclamada, a fin de no producir un enriquecimiento injusto de la Administración autonómica que se ha beneficiado de las obras realizadas por la recurrente siguiendo una encomendación verbal y urgente del representante de la Administración.

Para terminar, hay que hacer referencia a la contratación verbal que realizan nuestros poderes adjudicadores bajo el paraguas o la justificación de la necesidad al tratarse de un servicio público esencial de prestación obligatoria para la Administración.

En este supuesto destacamos la **STSJCL nº1365/2022 de 2 de diciembre**²⁴, en la que se conoce sobre la reclamación de las facturas emitidas por la demandante en concepto de servicio de recogida de papel y cartón como consecuencia de la contratación verbal celebrada al margen de un procedimiento válido de contratación. En este caso no cabe duda de que estamos ante un servicio público esencial de prestación obligatoria para la Administración local.

Ante el cese en la prestación del servicio de recogida del contenedor azul por parte de la adjudicataria, el Ayuntamiento de Palencia convino verbalmente, y sin seguirse procedimiento alguno, su prestación con otra empresa, hasta la nueva adjudicación. En concreto, la mercantil actora solicita el pago de 301.772,78 euros, correspondiente a las facturas giradas por la prestación del servicio de recogida de los contenedores azules de cartón desde el 1 de diciembre de 2019 al 11 de septiembre de 2020.

En el caso analizado, a diferencia del anterior, los trabajos reclamados se acreditan con las facturas presentadas, constando el reconocimiento explícito del Ayuntamiento, habiéndose acreditado un incremento patrimonial con el consiguiente empobrecimiento, en tanto la reclamante ha prestado el servicio en beneficio de la Administración que está obligado a prestarlo y que no lo ha abonado. Esto es, queda claro que el servicio se ha prestado por encargo municipal y en beneficio del órgano de contratación.

²⁴ Sentencia nº1365/2022 de 2 de diciembre de 2022, Rec. 207/2022, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Lucas Lucas, María de la Encarnación (LA LEY 312201/2022).

En la citada resolución judicial se afirma que, aun no existiendo ningún contrato vinculante, ello no puede suponer que el Ayuntamiento no esté obligado a pagar el servicio del que se ha beneficiado, aunque no como una obligación contractual sino por la doctrina que prohíbe el enriquecimiento injusto que le obliga a compensar a la prestadora del servicio, lo que impide que al pago de esta cantidad le resulte aplicable la legislación contractual.

7. ORDEN VERBAL DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO O PRÓRROGA TÁCITA.

Otra forma de materializarse la contratación verbal tiene lugar con la prórroga del contrato, por lo que esta tipología de contratación irregular no se produce únicamente durante su preparación o adjudicación.

Esto es, en estos casos sí que ha habido preparación del contrato, existe expediente de contratación, se ha celebrado el oportuno procedimiento de adjudicación y, por tanto, se ha procedido a formalizar el preceptivo contrato, presumiendo se ha respetado escrupulosamente lo estipulado por la LCSP.

Sin embargo, suele ser habitual que, ante la falta de aprobación del nuevo procedimiento de adjudicación con carácter previo a la finalización de un contrato de servicios en vigor, se ordene al actual contratista la continuidad del servicio en aras a garantizar su prestación, que es lo que se denomina “prórroga forzosa”. Además, dicha prórroga, se viene acordando tanto si se trata de un servicio público esencial, esto es, de prestación obligatoria para la Administración, como si no lo es.

Dicha prórroga -sin perjuicio de que en la mayoría de las veces se supera la duración máxima del contrato- en ocasiones se realiza por encargo verbal, lo que se conoce como “prórroga tácita”.

Pues bien, la prórroga tácita se encuentra expresamente prohibida en el artículo 29.2 in fine de la LCSP, en cuya virtud *“en ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes”*.

La prohibición de las prórrogas tácitas en los contratos públicos se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 53/1999 de 28 de diciembre, mediante la cual se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y se ha ido manteniendo en todas las leyes de contratos que la han sucedido²⁵.

La prórroga, en virtud del citado precepto, será obligatoria para el empresario cuando se efectúe un preaviso de al menos dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato -siempre que la misma sea superior a dos meses y no exista

²⁵ INFORME 7/2009, de 3 de Julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

un retraso en el pago por parte de la Administración de más de seis meses-, salvo que en el pliego se establezca otro preaviso superior.

Esto se traduce en que la prórroga debe acordarse expresamente, con carácter previo a la terminación de la duración contractual, por el órgano de contratación, debiendo formalizarse y ser objeto de publicación.

Además, dicha prórroga debe estar expresamente prevista en el Pliego rector de la licitación en cuestión y, por supuesto, en el contrato formalizado a tal efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la LCSP, debiéndose computar la misma a efectos del valor estimado del contrato -según promulga el artículo 101 de la LCSP-.

Y ello por cuanto las prórrogas no previstas comportan de facto una modificación del contrato y, en concreto, respeto de una condición esencial como es su duración, que en caso de haber sido conocida por las empresas en el momento de la licitación habría podido permitirles presentar una oferta diferente o, lo que es todavía peor, una nueva adjudicación sin licitación previa²⁶.

Precisamente, para paliar dicha práctica habitual de las Administraciones Públicas en la continuidad del servicio, el artículo 29.4 de la LCSP ha incluido tal posibilidad de forma expresa por vez primera con carácter general en la legislación de contratos²⁷.

Así, el citado precepto dispone que *“cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo*

²⁶ Informe 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).

²⁷ Con carácter previo a la LCSP, la garantía de la continuidad de la prestación del servicio únicamente se encontraba para los casos de gestión indirecta de servicios públicos locales en el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales. En ese caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.a), las empresas contratistas tienen la obligación, en caso de extinción normal del contrato, de seguir prestando el servicio *“hasta que otro se haga cargo de su gestión”*.

contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario o, tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco un sistema dinámico de adquisición, se hayan enviado las invitaciones a presentar oferta del nuevo contrato basado o específico al menos quince días antes de la finalización del contrato originario”²⁸.

Como novedad respecto de la normativa de contratación pública anterior, la LCSP ha incorporado en el artículo 29.4 un supuesto de prórroga, calificada por nuestros órganos administrativos como forzosa y excepcional, en la medida que opera al margen del régimen de prórroga establecido en el pliego y del plazo máximo de duración de los contratos, justamente para cubrir el vacío legal existente para determinadas situaciones que se producen en la realidad, en que al vencimiento de un contrato no se haya formalizado el nuevo que garantice la continuidad de la prestación. En todo caso, incluso por esta prórroga, excepcional y absolutamente acotada como se ha visto, la Ley prevé, sin duda en pro de la salvaguarda de los principios de igualdad de trato y libre competencia, que no se modifiquen las condiciones del contrato y que el periodo durante el cual continúe no exceda de nueve meses²⁹.

Esto es, con la LCSP la prórroga forzosa de los contratos públicos únicamente resulta admisible cuando tal situación se deba a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de licitación -siempre y cuando concurren una serie de condiciones-, lo que evidentemente descarta la prórroga cuando ésta sea el resultado de un inicio extemporáneo de la correspondiente licitación por parte del órgano de contratación. Y ello en principio tanto si el servicio objeto del contrato en cuestión es esencial como si no lo es.

No obstante, tal regulación no está exedita de incertidumbre, ya que son varias las cuestiones que se presentan al respecto de un concepto indeterminado como el de “acontecimientos imprevisibles”, planteando, por ejemplo, si tal imprevisibilidad concurrirá en el caso de la impugnación de los Pliegos o de la adjudicación mediante la interposición de un recurso especial, siendo, además, que en ese último caso la misma se

²⁸ A esta misma finalidad de mantenimiento de la continuidad del servicio obedece también la obligación de la empresa contratista “*en caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo*” de “*seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato*”, establecida actualmente en el artículo 288.a) de la LCSP respecto de los contratos de concesión de servicios.

²⁹ Informe 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).

suspendería automáticamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

La cuestión no es baladí ya que, además de dicha imprevisibilidad, debe concurrir una causa de interés público que justifique la continuidad del contrato. Es aquí cuando debería valorarse la esencialidad de la continuidad del contrato para el interés general, lo que también plantea la duda si tal interés únicamente puede justificarse respecto de aquellos servicios de obligada prestación para las Administraciones.

Por consiguiente, la continuación de la prestación de un servicio que es objeto de un contrato público más allá de su duración y la de sus eventuales prórrogas -incluida la excepcional prevista en el artículo 29.4 de la LCSP- sobre la base de prórrogas tácitas o verbales, supone una infracción flagrante del ordenamiento jurídico vigente. Como se ha expuesto, la prohibición de contratación verbal -salvo que el contrato tenga carácter de emergencia- y de las prórrogas tácitas viene establecida en la legislación española vigente en esta materia en el artículo 37.1 y 29, respectivamente, ambos de la LCSP³⁰.

Esta contravención del ordenamiento jurídico se ha ido equiparando al supuesto, no ya de elusión de trámites esenciales del procedimiento, sino de contratación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido³¹.

Al respecto de la continuidad del servicio, interesa destacar la **STSJCM nº53/2020 de 1 de abril**³², en la que la adjudicataria solicita el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato del servicio de limpieza del Complejo Hospitalario de Toledo, debido a que éste se prolongó más tiempo del inicialmente previsto, alegando la existencia del incremento de costes sobrevenidos a la producción durante ese periodo de prórroga por importe de 49.769,03 euros, así como un lucro cesante por la cuantía de 217.465,92 euros correspondiente al 3% de la facturación aplicada sobre los 19 meses de prórroga forzosa.

³⁰ Informe 2/2021, de 12 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente).

³¹ Dictamen 206/2013, de 6 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

³² Sentencia nº53/2020 de 1 de abril de 2020, Rec. 149/2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Donate Valera, Inmaculada (LA LEY 48870/2020).

En particular, el órgano de contratación adoptó la prórroga del artículo 29.4 de la LCSP por un plazo de nueve meses, transcurrido el cual comunicó a la empresa la continuidad del servicio en los términos inicialmente pactados, lo que se alargó otros 19 meses más, pues el lote correspondiente quedó desierto y hubo que tramitar un segundo expediente de contratación.

En ese sentido, la citada Sentencia recuerda que las prórrogas de los contratos deben ser expresas - *“las prórrogas tácitas tienen que ser rechazadas”* -, entendiendo que las mismas deben considerarse un nuevo contrato, lo que requiere el consentimiento expreso del contratista, como así reconoce la legislación contractual vigente que prohíbe la contratación verbal.

Así, siendo que no consta oposición expresa por parte del contratista, habiendo aceptado voluntariamente la continuidad en la prestación del servicio más allá del tiempo pactado, el Tribunal concluye que se trata de una prórroga tácita por mutuo acuerdo de ambas partes contratantes.

Por consiguiente, la citada Sentencia dispone que *“puesto que la ley no permite las prórrogas tácitas del contrato nos encontraríamos ante un acto nulo de pleno derecho, cuyas consecuencias se encuentran previstas en el Artículo 35 de la LCSP que establece en su apartado 1º: “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, 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”. Cualquiera partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del 35.1 cuando señala que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

Sin embargo, el Tribunal concluye que *“en este caso, en el procedimiento principal no se ha practicado prueba suficiente para acreditar el comportamiento culpable de la Administración en la tramitación y resolución del expediente de contratación”*, por lo que deniega la indemnización solicitada por el contratista, entendiendo que únicamente procede el pago del precio por el servicio prestado en los términos inicialmente pactados en el contrato.

No obstante, hay que advertir que existen otros pronunciamientos que consideran que tal continuidad del servicio no puede conceptuarse como prórroga del contrato en sentido estricto. Este principio de continuidad tiene apoyo doctrinal y jurisprudencial.

Doctrinalmente lo admiten tanto el **Informe de la JCCV 2/2001 de 12 de julio de 2001** (LA LEY 323/2001), así como el **Informe 7/2005 de 4 de octubre de 2005 de la JCCAC** (LA LEY 246/2005). De acuerdo con esta doctrina, una vez agotado el plazo contractual podría darse la circunstancia de que el contratista tuviese que seguir prestando el servicio transitoriamente, sin que, a su juicio, eso fuese conceptuado como prórroga.

En el **Dictamen del CCA 98/2010 de 29 de septiembre** se alude a la posibilidad de continuación de la prestación de un servicio público, una vez éste se ha extinguido, señalando que hasta que no se produzca un acto formal y positivo de extinción del contrato *“puede excepcionalmente continuar el contratista en la prestación del servicio por una imperiosa razón de orden público, como lo es la continuidad en la prestación del servicio público (...), y sin perjuicio de que, por ser la competencia irrenunciable (...) y estar tanto la Administración como los ciudadanos obligados a someterse a todos los contenidos ordenamiento (...), no pueda abstenerse lícitamente el Ayuntamiento de incoar y resolver el expediente tendente a la extinción del contrato, y que lo haga, además, en la brevedad del plazo que resulte congruente y racionalmente posible y al objeto de evitar que pueda interpretarse la existencia de una tácita y nueva adjudicación al mismo contratista con ausencia o alejamiento de las directrices, principios y criterios establecidos en la normativa comunitaria europea”*.

Sobre aplicaciones jurisprudenciales de este principio de continuidad pueden consultarse la **STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2003** o la **SAN de 21 de mayo de 2002**, que admite la continuidad del servicio (tal como admite la Comunidad Europea en la comunicación de la Comisión 98/c 147/05 publicada en el DOCE de 13 de mayo de 1998) con la empresa que venía prestandolo hasta la nueva adjudicación.

Otro supuesto de continuidad del servicio o de “prórroga forzosa” ha sido analizado en la **STSJC nº13/2021 de 15 de enero**³³. En particular, la mencionada Sentencia versa sobre una reclamación de la contratista del servicio de prevención y

³³ Sentencia nº13/2021 de 15 de enero 2021, Rec. 140/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Úbeda Tarajano, Francisco Eugenio (LA LEY 28145/2021).

atención del absentismo escolar del municipio de Santa Cruz de Tenerife por la continuidad del servicio con posterioridad a la finalización del contrato.

En el caso analizado, finalizada la duración del contrato y consumida la prórroga excepcional de nueve meses, se continuó prestando el servicio en tanto no existía nuevo adjudicatario.

Es por ello por lo que la citada resolución concluye que **“la mercantil apelante prestó servicios para la demandada de forma irregular al no tener cobertura dicha prestación en la prórroga ya finalizada ni haberse formalizado nueva prórroga contractual conforme a la normativa de contratación administrativa”**.

Y añade lo siguiente: **“La prestación de dichos servicios se realizó sin la cobertura de un contrato administrativo para dicho periodo suscrito entre las partes y sin la cobertura de un acto administrativo que acordase una nueva prórroga en los mismos términos contractuales que en el contrato inicial o en la primera de las prórrogas del contrato. Por consiguiente, se trata de una prestación de servicios de carácter irregular a la que no puede aplicarse el mismo régimen jurídico de los contratos administrativos previamente formalizados; ya que la contratación verbal, al margen de estar prohibida en la legislación de contratación administrativa, estaría incurso en causa de nulidad. A los servicios prestados en esta situación irregular le resulta de aplicación no el régimen jurídico de los contratos administrativos sino el principio de prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración cuando el contenido de las prestaciones no pueden ser restituidas in natura”**.

Pues bien, durante dicha prórroga se abonó a la actora el importe de las facturas presentadas, que coincidía con el precio inicial del contrato. Sin embargo, tras la finalización en la prestación del servicio reclama 30.499,45 euros en concepto de lo que denomina un “remanente de cobro” o cantidad pendiente de abono.

Esto es, la prestación de dichos servicios fue abonada por la Administración. Sin embargo, posteriormente, la empresa reclamó el pago de diversas facturas correspondientes al mismo periodo, lo que el Tribunal de referencia desestimó, entre otros motivos, por falta de prueba.

Al respecto, el Tribunal señala que la empresa no puede desconocer las formalidades de la contratación administrativa al haber sido previamente adjudicataria de

contratos de dicha naturaleza, además de que, ante la irregularidad en la prestación de los servicios -por su falta de formalización conforme a Derecho-, no pueda imputarse al Ayuntamiento un incumplimiento contractual.

Por último, por lo que a la prórroga excepcional prevista en el artículo 29.4 de la LCSP, cabe destacar el Informe nº73/2018 de la JCCPE en cuya virtud se afirma que *“la primera circunstancia que exige la norma consiste en que el retraso en la adjudicación del nuevo contrato sea producto de acontecimientos imprevisibles. Obviamente es previsible lo que puede preverse, es decir, lo que se puede anticipar a partir de indicios razonables. La pretensión del legislador se enfoca con esta condición a vincular la prórroga con la diligencia exigible en quien tiene la responsabilidad de controlar o supervisar la nueva licitación. Así lo señalamos en nuestro Informe 86/2018 previamente citado, de modo que la existencia de un retraso ocasionado por la indolencia de la entidad licitante no se puede considerar como un acontecimiento imprevisible”*.

Por consiguiente, en los supuestos en que, existiendo esa especial diligencia, se produzcan acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, cabe la prórroga del artículo 29.4 de la LCSP, posibilidad que no resultará viable en los supuestos de negligencia imputable al órgano de contratación.

Asimismo, la segunda circunstancia necesaria para que resulte aplicable una prórroga del contrato en vigor hasta que comience la aplicación del nuevo es que existan razones de interés público que así lo justifiquen, limitando su duración al tiempo que reste hasta que se concluya la nueva licitación del contrato.

El citado informe también arguye que, en los casos en que no proceda la aplicación de tal prórroga excepcional, el principio de continuidad en la prestación del servicio público permite acudir al procedimiento del contrato menor -lo que se denomina “contrato menor puente”- para paliar los casos en que no se haya licitado el nuevo contrato, siempre y cuando se respeten los umbrales del artículo 118 de la LCSP, así como que la naturaleza del servicio público lo justifique. En caso contrario, estaremos ante una contratación irregular.

8. MODIFICACIÓN VERBAL DEL CONTRATO O SIN SEGUIR EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.

La tercera y última tipología de contratación irregular verbal que es objeto de análisis en el presente trabajo se refiere, al igual que la segunda, a la ejecución del contrato, y no al momento de la preparación, adjudicación o formalización del contrato, como es el caso del primer supuesto.

En este caso, se trata de aquellos supuestos en los que, lejos de seguir el procedimiento legalmente establecido para la modificación del contrato, se encarga verbalmente su ejecución, sin perjuicio de pretender formalizar la misma con posterioridad a tal encargo o incluso una vez ejecutada.

En ese sentido, cabe recordar que para modificar un contrato hay que seguir las reglas del artículo 203 y siguientes de la LCSP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LCSP, los contratos administrativos solo pueden ser modificados durante su vigencia por razones de interés público en los siguientes supuestos:

- Cuando así se haya previsto en el PCAP, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204 de la LCSP.
- Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el PCAP, siempre y cuando se cumplan las condiciones del artículo 205 de la LCSP.

Por tanto, la modificación del objeto del contrato sólo se podrá realizar cuando así se haya previsto en el PCAP, que es lo que se denomina “*modificación prevista*”, estando regulada en el artículo 204 de la LCSP, y excepcionalmente en los supuestos tasados en el artículo 205 de la LCSP, que es lo que se denomina “*modificación no prevista*”. Y, por supuesto, dichas reglas aplican a todos los contratos administrativos, ya sean de obras, servicios, suministros y de concesión de obras o servicios.

En cuanto a la modificación prevista, hay que tener en cuenta que el contrato se puede modificar hasta un máximo del 20% del precio inicial, siempre y cuando en el PCAP se haya incluido tal posibilidad, estableciéndose de forma clara, precisa e

inequívoca, así como delimitando su alcance, límites, naturaleza, condiciones y procedimiento a seguir.

En ningún caso, se podrá alterar la naturaleza global del contrato inicial, lo que tiene lugar si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes -salvo que se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual- o se modifica el tipo de contrato. Tampoco podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Por lo que se refiere a la modificación no prevista en el PCAP, puede realizarse para introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la hace necesaria, siempre y cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico y que generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación -no tendiendo tal consideración la necesidad de celebrar una nueva licitación.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones no previstas, del 50% de su precio inicial, IVA excluido.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones no previstas, del 50% de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales, esto es, que el contrato no tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al inicialmente celebrado.

En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

Ello sucederá, por ejemplo, cuando con la modificación propuesta se requiera una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial, lo que tendrá lugar cuando, como consecuencia de la modificación propuesta, se introdujeran unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50% del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato, lo que se producirá cuando concurren las siguientes circunstancias:

(i) Que el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, en el caso del contrato de obras del 15% del precio inicial del mismo, IVA excluido, o de un 10%, IVA excluido cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral de los contratos sujetos a regulación armonizada, y

(ii) Que las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

En el caso de las modificaciones no previstas si, aislada o conjuntamente no implican una alteración superior al 20% del precio inicial del contrato IVA excluido, resultaran obligatorias para el contratista. En caso contrario, únicamente podrá ser

acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato si existiera oposición expresa del contratista de conformidad con lo previsto en el artículo 211.1.g) de la LCSP.

Asimismo, el procedimiento a seguir para aprobar tal modificación contractual es el previsto en el artículo 191 y 207 de la LCSP, entre cuyos trámites destaca la propuesta de modificación, la audiencia al contratista, el informe del Servicio Jurídico y la resolución del órgano de contratación. Además, resulta preceptivo el informe del CE u órgano consultivo equivalente de la CCAA cuando se trate de una modificación no prevista que, aislada o conjuntamente, sea superior al 20% del precio inicial del contrato IVA excluido y el precio del contrato sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

Los modificados, al igual que las prórrogas, pueden afectar a los principios de publicidad y concurrencia, razón por la que su cuantía se tiene en cuenta a efectos de determinar el valor estimado del contrato. Y ello por cuanto la omisión de dicha información puede alterar las condiciones de presentación de las ofertas, en tanto de no incluirse la posibilidad expresa de modificar el contrato, con su consiguiente repercusión económica, puede influir en el hecho de que una entidad se presente o no a una licitación. Además, deben formalizarse y publicarse en los términos del artículo 207 de la LCSP.

Ahora bien, en el caso de los contratos de obra, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 242.4 de la LCSP, no tendrán la consideración de modificación los siguientes supuestos:

- El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.
- La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3% del presupuesto primitivo del mismo.

Sin embargo, resulta bastante frecuente que, en contratos de obras, tras la finalización de su ejecución, el exceso de medición referido supere el límite del 10% del

precio inicial del contrato, por lo que nos encontramos con una obra ya finalizada que se ha visto incrementada sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de modificación.

Tampoco es inusual que el responsable del contrato o Director Facultativo de la obra encarguen al contratista, de forma verbal, la ejecución de nuevas unidades de obra o modifiquen la ejecución del proyecto inicialmente previsto sin la previa aprobación del correspondiente modificado.

Al respecto, destaca el Informe 9/2022, de 17 de noviembre, de la JCCPC, que versa sobre una modificación de un contrato de obras que se produce sin la tramitación del procedimiento establecido legalmente a tal efecto, pese a que concurren los requisitos sustantivos del artículo 205.2.b) de la LCSP para proceder a su modificación, y que se conoce por el órgano de contratación cuando la obra ya está finalizada, al presentar la factura la empresa adjudicataria.

La JCCPC concluye que **la alteración de los términos de un contrato de facto sin tramitar el correspondiente expediente de modificación es equiparable a la realización de una contratación verbal**, de manera que el órgano de contratación está encargando y adquiriendo nuevas o diferentes prestaciones sin la cobertura contractual que correspondería, ya sea a través de la tramitación de la modificación del contrato vigente si concurren los requisitos para llevarla a cabo, o bien, en caso de que no concurren, mediante una nueva licitación.

Por tanto, la modificación de un contrato prescindiendo del procedimiento legalmente establecido equivale a la contratación verbal de nuevas prestaciones o de diferentes a las pactadas inicialmente, constituyendo una adjudicación efectuada de manera directa y eludiendo la aplicación de los principios generales de la contratación pública.

Y, en ese sentido, la JCCPC recuerda que la modificación de los contratos administrativos se configura en el artículo 190 de la LCSP como una prerrogativa de la Administración que procede por razones de interés público y mediante el procedimiento establecido en el artículo 191 de la LCSP, teniendo en cuenta las especialidades procedimentales del artículo 207 de la LCSP, y de acuerdo con los requisitos previstos en los artículos 203 a 205 de la LCSP.

En concreto, la JCCPC afirma que *“la prerrogativa de tramitar y aprobar la modificación de un contrato corresponde únicamente al órgano de contratación, sin que sea posible que se produzca mediante una modificación de facto llevada a cabo por la empresa contratista, pese a que sea a instancias de la dirección de la obra -la cual, en caso de detectar durante la ejecución del contrato la necesidad de modificar la prestación pactada inicialmente, ha de comunicarlo al órgano de contratación para que sea este órgano quien, con la valoración previa de la concurrencia de las circunstancias y requisitos establecidos por la normativa, tramite y apruebe el expediente de modificación correspondiente-”*.

La potestad de modificar el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye, por tanto, una importante prerrogativa de la Administración pública, como así dispone el artículo 190 de la LCSP, siempre que concurren razones de interés público y que se acredite la concurrencia de los presupuestos que han sido expuestos.

Ahora bien, tal y como señala la doctrina, por todos J.M. GIMENO FELIU, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación, debería tener carácter excepcional, dado que *“con las modificaciones injustificadas no solo se daña el erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato”* La potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante³⁴.

El TS ha confirmado la inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista al señalar que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000, RJ 318). Incluso se ha afirmado que, si la coyuntura cambia, es posible modificar el contrato (STS de 19 febrero 2008.) Si bien, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación, debería tener carácter excepcional, por lo que, tal y como ha

³⁴ GIMENO FELIU, J.M. “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 149, pp. 29 a 54.

señalado el TS, “*los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes*”³⁵.

En idéntico sentido, PUERTA SEGUIDO, F., recuerda que el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificación de los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado *ius variandi*³⁶.

En consecuencia, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye una importante prerrogativa de la Administración Pública, que requiere como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público y debe ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como una verdadera excepción³⁷.

A ese respecto, interesa traer a colación la **STSJA nº1147/2012 de 2 de abril**³⁸, en la que se conoce sobre una modificación que se aprueba por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar tras la finalización de las obras.

En concreto, la Corporación local aprobó el proyecto de ampliación y terminación del teatro Auditorio de Roquetas de Mar y modificación del contrato una vez realizadas las obras -según se aduce, por no existir crédito suficiente durante la ejecución-, pasando de una obra inicialmente contratada por importe de 7.063.094,25 euros a una obra ejecutada por un precio de 15.476.043,43 euros. Estamos, pues, ante una modificación

³⁵ GIMENO FELIU, J.M. La Ley de contratos de sector público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones. Seminari de Dret Local. Federació de Municipis de Catalunya.

³⁶ F. PUERTA SEGUIDO, “*El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 484.

³⁷ J.M. GIMENO FELIU. La Ley de contratos de sector público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones. Seminari de Dret Local. Federació de Municipis de Catalunya.

³⁸ Sentencia 1147/2012 de 2 de abril de 2012, Rec. 241/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Galindo Sacristán, Beatriz (LA LEY 95686/2012).

del contrato por orden verbal del director facultativo sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello.

Según se desprende de los hechos probados, la Dirección de obra justifica la modificación del contrato *“en algunos condicionantes desconocidos a la hora de redactar el proyecto inicial, tales como las características físico geológicas del terreno, la ampliación del aforo solicitada por el ayuntamiento, la inclusión de nuevos materiales en revestimientos, aislamientos acústicos etc. de mayor calidad, mobiliario, útiles y equipos necesarios para la puesta en uso del edificio, locales técnicos necesarios para el nuevo aforo, centro de transformación, grupo electrógeno, local de climatización y aljibe, iluminación artística y ornamental exterior del edificio, vallado, acerado y jardinería perimetral de edificios técnicos, línea de media tensión exigida por la compañía suministradora”*. El presupuesto de tal modificación asciende a 8.408.159,34 euros.

Pues bien, realizada la modificación propuesta por el Director de la obra, dicha modificación fue informada favorablemente por el técnico municipal. Sin embargo, el Secretario General y el Interventor de la Corporación emitieron informe desfavorable por cuanto consideraban que no constaban en el expediente todos los trámites preceptivos, como era el dictamen del Consejo Consultivo, así como que no estaba justificada la improcedencia de la convocatoria de nueva licitación para la modificación prevista, atendiendo tanto al importe como a la naturaleza de la propuesta. Además, se ponía de manifiesto que las obras ya habían sido ejecutadas antes de la aprobación de la modificación del contrato.

Pues bien, la citada Sentencia es clara en afirmar que en el supuesto analizado no se han cumplido los trámites exigibles para la modificación ejecutada, y ello por los siguientes motivos:

- Las obras se hallaban finalizadas a la aprobación de la modificación impugnada, *“por lo que ha de entenderse incumplidos todos los trámites previos necesarios a la ejecución de las obras (...), de forma que el procedimiento se ha sustanciado con posterioridad a la ejecución de las obras”*.

- No consta formalmente que por la Dirección facultativa se procediera a recabar del órgano de contratación autorización para iniciar el procedimiento de modificación de referencia.
- Además, no consta que obedezca a razones de interés público en los elementos que lo integran, ni que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, sino que el propio director de la obra *“pone de manifiesto que las causas de la modificación aprobada están en parte en deficiencias o errores del proyecto inicial por la falta de un estudio geotécnico”*.
- *“Es claro que concurría causa de resolución contractual”* por cuanto *“se altera la esencia cuantitativa y cualitativa del contrato **al incrementarse el precio inicial en casi el 120%, resultando menoscabado el principio de publicidad y concurrencia**”*.

Y, en idéntico sentido, destaca la **STSJA nº2405/2020 de 26 de noviembre**³⁹, en la que se considera improcedente la modificación efectuada de un contrato de concesión de servicios en tanto que se ha prescindido de absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En palabras del Tribunal de apelación, no solo estamos ante una mera modificación del contrato previo, sino ante una contratación nueva infringiendo los principios básicos igualdad, transparencia y concurrencia que se establecen para la protección del interés público y el de terceros.

Tal y como recuerda la mencionada Sentencia, *“en el acceso a la contratación con las administraciones públicas, rigen los principios indicados, que demandan el correspondiente procedimiento competitivo, con respeto a las reglas de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia”*. Y añade que *“La contratación está sujeta en sus fases de preparación y adjudicación a la necesidad de seguir un procedimiento selectivo en el que no sólo se acredite que el seleccionado reúne los requisitos y condiciones de capacidad necesarios para la prestación del servicio objeto del contrato,*

³⁹ Sentencia 2405/2020 de 26 de noviembre de 2020, Rec. 771/2019, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente: Valpuesta Bermúdez, Victoriano. (LA LEY 232816/2020).

sino además garantice a cualquier persona interesada y que reúna los requisitos de las convocatorias, la posibilidad de participar en el proceso selectivo en pie de igualdad, lo que tan sólo se logra a través de la oportuna y suficiente publicidad de la convocatoria”.

Por consiguiente, ante la modificación efectuada, el contrato se ha transformado en “*uno nuevo y distinto del que fue sometido a publicidad*”, de modo que el mismo “*ha quedado al margen de aquellos principios*”.

Tal razonamiento cobra especial importancia respecto de aquellas modificaciones que se producen al margen del procedimiento legalmente establecido y alteran la naturaleza del contrato original.

En tales casos, únicamente puede declararse su improcedencia porque de lo contrario se estaría conculcando el principio de libre concurrencia, y ello por cuanto bastaría con que un licitador presentara una oferta económica con una gran baja para después, vía modificación del contrato, proceder a ajustar sus condiciones e intentar recuperar la baja ofertada.

En consecuencia, en virtud de cuanto ha sido expuesto, la modificación contractual está sujeta a determinados límites cuantitativos y cualitativos, debiendo tramitarse conforme al procedimiento legalmente estipulado, sin ser admisible en modo alguno los encargos verbales para modificar un contrato durante su ejecución.

9. ¿QUÉ EFECTOS PRODUCE LA CONTRATACIÓN VERBAL EFECTUADA DE MANERA IRREGULAR?

Llegados a este punto, el debate jurídico que se plantea es, efectuada una contratación sin seguir el procedimiento legalmente establecido, qué consecuencias se derivan de ello, esto es, si constituye causa de nulidad o anulabilidad, o dicho, en otros términos, si la contratación irregular celebrada verbalmente desaparece del mundo jurídico o produce efectos frente al contratista o, incluso, frente a terceros.

Al respecto, destaca el artículo 38 de la LCSP en tanto regula los supuestos de invalidez de los contratos del sector público, señalando lo siguiente:

“Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado”.

En línea con el contenido de dicho precepto, señala el artículo 39.1 de la LCSP que:

“Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

La normativa de contratación nos remite de forma genérica a las causas de nulidad previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En concreto, se invocan las causas de nulidad contenidas en el citado artículo 47 LPACAP, el cual establece que:

“1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) *Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) *Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) *Los que tengan un contenido imposible.*
- d) *Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) *Los 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.*
- f) *Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”.*

Según reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2012 (Rec. 4853/2009), para que pueda apreciarse la existencia de la causa de nulidad invocada la omisión del procedimiento ha de ser clara, manifiesta y ostensible, entendiéndose por tales aquellos casos de ausencia total del trámite o de seguir con un procedimiento distinto.

En la misma línea la **STS de fecha 7 de diciembre de 2012** (Rec. 1966/2011) señala: “(...) *Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los tramites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de este o de alguno de los tramites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008”.*

Asimismo, la **SAN de fecha 6 de junio de 2018** (Rec.1007/2018) razona lo siguiente: “*La omisión de trámites en los expedientes de contratación da lugar a*

infracciones del ordenamiento jurídico de diferente entidad, desde la total y absoluta omisión de expediente contractual, supuesto de nulidad de pleno derecho (artículo 62 Ley 30/92, actual artículo 47 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), hasta la omisión de algún trámite que, aun tratándose de informes preceptivos pudieran considerarse como anulables (artículo 63 Ley 30/92, artículo 68 Ley 39/2015)”.

Por consiguiente, la infracción de cualquier trámite en materia de contratación no constituye por sí sola causa de nulidad del contrato, sino que para que se despliegue tal efecto resulta necesario la ausencia de todo procedimiento o, incluso, de un trámite que tenga la consideración de esencial.

En los supuestos analizados de contratación verbal no cabe duda de que se omite un trámite esencial, como es la preparación del contrato o la adjudicación y formalización del contrato por escrito -huelga decir respecto de la ausencia de tramitación del oportuno expediente de contratación-, la formalización expresa de la prórroga, la inexistencia del preceptivo procedimiento de modificación, así como el cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia, lo que evidentemente constituye causa de nulidad del contrato de que se trate.

Para garantizar tales principios, los contratos que celebran las Administraciones públicas están sujetos a un conjunto de reglas que integran el marco jurídico de la contratación pública. Así pues, la voluntad de la Administración o poder adjudicador de celebrar un contrato o, en su caso, de modificarlo, necesariamente debe materializarse de forma expresa previa apertura del expediente correspondiente y tramitación del procedimiento de contratación que culmine con la adjudicación, o en su caso modificación, en los términos contenidos en la legislación aplicable.

Así las cosas, la concurrencia de una causa de nulidad radical en los actos de preparación y adjudicación del contrato propicia de facto la nulidad del contrato, que no es susceptible de convalidación.

Tal y como se viene afirmando por la doctrina, la formalización de los contratos de las Administraciones Públicas en un documento administrativo, previa sustanciación del procedimiento legalmente establecido, supone una exigencia fundamental que determina la validez del contrato. Consecuentemente, el contrato administrativo, verbalmente convenido, incurre en patología de nulidad al haberse

prescindido totalmente del procedimiento establecido cristalizado en el correspondiente expediente de contratación.

Esta aseveración se desprende del contenido del artículo 38 al LCSP, que, como anteriormente indicábamos, establece expresamente que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación.

Dicho precepto ha de interpretarse en relación con el artículo 42 de la LCSP que es diáfano al indicar que *“la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará consigo la del mismo contrato”*.

Resulta lógico que, adoleciendo los actos de preparación y adjudicación del contrato de una causa de nulidad absoluta, misma suerte deba correr el negocio jurídico celebrado, pues, nunca debió de existir, habida cuenta que se han omitido los trámites esenciales para la formación regular de la voluntad contractual de la Administración.

El hecho de que la legislación en el ámbito de la contratación administrativo castigue esta conducta con la respuesta más gravosa prevista en el ordenamiento jurídico responde a la necesidad de salvaguardar no solo el interés público, sino también principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de publicidad y concurrencia, así como los de igualdad y no discriminación.

En breve, la consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato es la nulidad del vínculo contractual que la Administración y el contratista oportuno pretendieron establecer al margen del procedimiento legal.

En esta línea, el referido Informe 9/2022, de 17 de noviembre, de la JCCPC afirma taxativamente que la modificación de un contrato de facto sin tramitar el expediente de modificación en los términos legalmente establecidos es nula de pleno derecho por haberse producido omitiendo total y absolutamente el procedimiento legal.

La citada JCCPC recuerda que, atendiendo a la jurisprudencia consolidada del TS, no toda omisión de un trámite esencial da lugar a la nulidad absoluta, sino que hay que valorar y ponderar las consecuencias concretas que dicha omisión produce a la parte interesada, la indefensión que supone y, especialmente, en qué hubiera variado el acto administrativo si se hubiera completado el trámite omitido, considerando que la nulidad

absoluta se produce en aquellos casos en que no se ha realizado ninguno de los trámites del procedimiento.

En consecuencia, la modificación de facto de un contrato incurre en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 39 de la LCSP, por remisión a las causas generales de nulidad del derecho administrativo previstas en el artículo 47 de la LPACAP, consistente en prescindir total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

Por tanto, se puede concluir que la modificación verbal de un contrato es nula de pleno derecho con independencia de si concurren o no los requisitos legales para llevarla a cabo.

También el Dictamen 20/20, de 13 de febrero de 2020, del CCLR señala que *“El hecho de que el acto de adjudicación y el contrato administrativo sean realidades jurídicas distintas no impide que los vicios que aquejen al acto de adjudicación se comuniquen al contrato mismo, ya que la declaración de voluntad contractual de la Administración sólo será válida en tanto en cuanto lo sean los actos de preparación y adjudicación del contrato, que sirven de presupuesto a aquella declaración de voluntad”*.

Esta circunstancia no es baladí, pues, como consecuencia de haber prescindido radicalmente del procedimiento legalmente establecido, la Administración ni si quiera habría perfeccionado válidamente el contrato en cuestión.

En efecto, el artículo 36 de la LCSP prevé que los contratos que se celebren por los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. En consonancia con tal carácter formal de la contratación del sector público, el artículo 37.2 LCSP establece que tal formalización se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP.

Y lo mismo con respecto a la prórroga del contrato, siendo que el artículo 29.2 de la LCSP proscribía las prórrogas tácitas, y a la modificación contractual, que debe seguir el procedimiento estipulado en los artículos 203 y ss. de la LCSP.

En consecuencia, la modificación de un contrato sin tramitación administrativa, conlleva que en el modificado concurre causa de nulidad de por el derecho prevista en el art. 47.1 e) LPACAP, por haberse prescindido absoluta y totalmente del procedimiento legalmente establecido en función del verdadero valor del contrato.

En ese sentido, destaca la ya citada **STSJA nº2405/2020 de 26 de noviembre**, que en el supuesto de modificación analizado afirma que *“en el presente caso ha de*

atenderse a la causa de nulidad concurrente que no es otra que la de la omisión absoluta del procedimiento necesario para acometer, no ya como se pretende, una mera "modificación" del contrato previo, sino una contratación nueva infringiendo los principios básicos igualdad, transparencia y concurrencia que se establecen para la protección del interés público y el de terceros”.

Por consiguiente, la contratación verbal analizada en el presente trabajo provocaría que nos encontráramos ante una contratación prohibida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, nula de pleno derecho, sin que exista cobertura legal que ampare la prestación de que se trate.

En consecuencia, la concertación de las prestaciones sin la existencia de los actos preparatorios y de la aprobación previa de un procedimiento de contratación, así como sin la preceptiva adjudicación y formalización del contrato, salvo en los supuestos de emergencia determinados en el artículo 120 de la LCSP, la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.e) de la LPACAP, por haberse prescindido absoluta y totalmente del procedimiento legalmente establecido, sin perjuicio de, como veremos, el abono de las mismas en aras a evitar el enriquecimiento injusto del órgano de contratación, lo que merece ser objeto de un análisis en el apartado siguiente.

10. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE HAY QUE SEGUIR PARA REGULARIZAR LA SITUACIÓN CREADA?

Una vez abordada la procedencia de la nulidad de la contratación irregular analizada en el presente trabajo, la cuestión que se plantea es el cauce legal que hay que seguir ante la prestación encomendada a un tercero de manera irregular.

Cabe advertir que en el ámbito del sector público se ha venido acudiendo a distintas figuras jurídicas para resolver este tipo de situaciones irregulares al margen de la normativa sobre contratación pública, acudiendo en algunas ocasiones al reconocimiento extrajudicial de crédito, a la estimación de una responsabilidad patrimonial o incluso al enriquecimiento injusto como fuente autónoma de obligaciones.

El principal problema práctico que plantea la contratación verbal es encontrar una solución jurídica correcta al supuesto frecuente en el que la empresa ha ejecutado efectivamente los trabajos encargados verbalmente, sin haber recibido, a cambio, de la Administración el pago pactado. La jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos es unánime al afirmar que en estos supuestos de contratación verbal irregular debe asegurarse el equilibrio económico entre las partes, imponiendo a la Administración la obligación de pagar a la empresa una compensación económica por la prestación efectivamente realizada. La controversia surge, por tanto, respecto de la vía procedimental que debe seguirse para proceder a su abono⁴⁰. Veamos.

❖ **Doctrina del enriquecimiento injusto.**

Tal y ha venido afirmándose por la doctrina y jurisprudencia, los supuestos de contratación verbal con ausencia de procedimiento de contratación no pueden configurarse como un supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento de la Administración, sino que la obligación para la Administración surge por la denominada doctrina del enriquecimiento injusto.

Se trata este de un principio general del Derecho, de construcción jurisprudencial civil y es que se configura como fuente de derechos y obligaciones, conectado con la figura de los cuasicontratos, constituyendo una verdadera acción al nacer una

⁴⁰ Dictamen 131/2020, de 5 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

obligación *ex lege* para la restitución del empobrecimiento sufrido y diferenciada de la contractual y de la responsabilidad patrimonial⁴¹.

Esta doctrina no consiste, pues, en un procedimiento para regularizar la contratación efectuada al margen de la normativa de contratación pública aplicable, sino que constituye el fundamento de la obligación que nace para la Administración con respecto al pago de la prestación ejecutada.

En ese sentido, conviene recordar que el concepto y la teoría del enriquecimiento injusto se recoge con precisión en la **STS nº1843/2017 de 28 de noviembre**⁴², que en su fundamento jurídico séptimo reconoce que dicha doctrina “*como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo*”.

En particular, según se resumen en la citada resolución judicial, para que resulte de aplicación la citada acción deben concurrir los siguientes requisitos:

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. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.

d) La **falta de causa o de justificación** del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

Según afirma nuestro más Alto Tribunal, este último requisito, crucial en la delimitación del ámbito del enriquecimiento injusto, es el que presenta mayores

⁴¹ MARTÍ I SARDÀ, I. (2019). “La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares”. La Ley. Nº9549.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo 1843/2017, de 28 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección: 4, Recurso: 2615/2015.

dificultades prácticas. Si bien por el TS “*se considera que la ausencia de causa equivale a falta de justo título para conservar en el patrimonio el incremento o valor ingresado*”.

Pues bien, en el caso analizado en la reciente y ya **citada STSJCL n°1365/2022 de 2 de diciembre** se afirma que efectivamente se ha producido el referido enriquecimiento del órgano de contratación. En concreto, a efectos de su determinación, el referido Tribunal que afirma que al no existir contrato alguno válido no cabe reclamar el pactado -el pacto es nulo-, sino que debe cuantificarse el enriquecimiento y consiguiente empobrecimiento.

Así, tal y como señala el Tribunal ad quem, lo que está obligado a satisfacer el Ayuntamiento no es en sí la factura o el importe total de la factura que se reclama, sino aquello en que se ha beneficiado, por ser aquello lo que precisamente genera -sino es satisfecho por la Administración- un beneficio injusto. Y a estos efectos, se considera que lo que está obligada la Administración a abonar es el precio de mercado.

❖ **Responsabilidad patrimonial.**

La vía de la responsabilidad patrimonial -regulada actualmente en el artículo 32 de la LRJSP- se aceptó en un primer momento por la doctrina de nuestros órganos administrativos como la acción procedente cuando se produce una contratación verbal prescindiendo del procedimiento legalmente establecido⁴³.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han venido rechazando que los efectos de la nulidad contractual deban desarrollarse en el seno del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En ese sentido, VALERO ESCRIBANO J.J.⁴⁴, con remisión a la doctrina posterior del CE⁴⁵, ha señalado que las prestaciones que fueron realizadas sin contrato administrativo previo, esto es, por la vía de la contratación verbal, no pueden configurarse como un supuesto de responsabilidad patrimonial, por cuanto para ello es necesario que exista una lesión resarcible imputable a la Administración, cuyo primer requisito es la antijuridicidad del daño relacionado con las actuaciones administrativas.

⁴³ Esta opción se avaló por el Consejo de Estado en sus informes 3617/2000 y 276/2008, así como en su Dictamen 976/2008.

⁴⁴ VALERO ESCRIBANO, J.J. La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares.

⁴⁵ Dictámenes del Consejo de Estado, entre otros, n°3014/2003, 88/2004, 1204/2006 y 1008/2008.

En consecuencia, según afirma MARTÍ I SARDÀ, I., la idoneidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial para atender pretensiones relacionadas con la contratación irregular es excepcional y requiere de un análisis de las circunstancias del caso concreto, quedando limitada a supuestos especiales o extraordinarios en los que no existan otras vías para resolver las pretensiones⁴⁶.

Este rechazo ha sido confirmado por la STS de 25 de octubre de 2010, en la que se confirma que la existencia de una contratación, aunque sea irregular o defectuosa, excluye la figura de la responsabilidad patrimonial.

❖ **Reconocimiento extrajudicial de crédito.**

El reconocimiento extrajudicial de crédito es un instrumento de gasto para hacer efectiva la restitución de prestaciones en la contratación pública viciada de nulidad de pleno derecho, previa declaración de la misma⁴⁷.

Por consiguiente, esta figura no constituye ningún procedimiento per se, sino que se configura como un instrumento de gasto que puede emplear la Administración local⁴⁸.

Tal y como la ha definido LEIVA ESCUDERO G⁴⁹., esta vía no convalida en ningún caso las contrataciones nulas de pleno derecho, sino que se trata del cauce para amparar presupuestariamente los actos de pago que han de hacerse como consecuencia de la ejecución por un tercero de las prestaciones de un contrato nulo, no constituyendo, en ningún caso, el título material que ampara dichos pagos.

❖ **Revisión de oficio.**

En este tenor, cabe recordar que la Administración pública, en virtud del principio de legalidad que rige su actuación, está obligada a ajustar su actuación a lo dispuesto en la ley, y en este sentido, el artículo 106 de la LPACAP establece que las Administraciones públicas “*declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto*

⁴⁶ MARTÍ I SARDÀ, I. (2019). “La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares”. La Ley. N°9549.

⁴⁷ MARTÍ I SARDÀ, I. (2019). “La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares”. La Ley. N°9549.

⁴⁸ HERRERO GONZÁLEZ; E. “Expedientes de Reconocimiento extrajudicial de créditos”. La Ley.

⁴⁹ LEIVA ESCUDERO G. Actualidad Administrativa, N°3, Sección Ejercer en forma y plazo, marzo 2019, Wolters Kluwer.

fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

La concurrencia de tal nulidad constituye una circunstancia objetiva e indisponible para la Administración, debiendo la Administración imperativamente ejercer su potestad revisora conforme a lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la LPACAP.

Por consiguiente, lo cierto es que constatada la existencia de una causa de nulidad la vía precisa y adecuada es **la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato, que se configura como el mecanismo de reacción específicamente previsto frente a estos supuestos de hecho.**

Así pues, nuestros órganos consultivos vienen sosteniendo, entre otros el Dictamen 131/2020, de fecha 5 de mayo de 2020, de la CJAC, que: *“En supuestos como el presente de encargos verbales de prestaciones contractuales, **la apreciación de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho** (artículo 47.1. e) de la LPAC) **justifica que la Administración tenga que ejercitar su potestad de revisión de oficio** (por todos, Dictamen 244/2016). La existencia de la nulidad de pleno derecho tiene que ser necesariamente declarada y, por consiguiente, eliminada jurídicamente la actuación administrativa viciada”.*

Asimismo, la ya citada **STSJA nº2405/2020 de 26 de noviembre** afirma que *“La potestad administrativa de revisión, como la de contratación, no es una potestad discrecional sino reglada, **hallándose la Administración obligada a declarar de oficio la nulidad de los actos y disposiciones una vez acreditados y comprobados, por medio del correspondiente dictamen del órgano consultivo, los vicios o motivos de aquélla salvo que lo impida la LRJPAC art.106** (esto es, que la revisión se revele contraria a la seguridad jurídica, la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes)”.*

Por tanto, conforme a este consolidado criterio, el vicio de nulidad es insubsanable y el acto administrativo no resulta susceptible de convalidación, conforme lo dispuesto en el apartado primero del artículo 52 de la LPACAP, a *contrario sensu*, debiendo ser necesariamente declarada la existencia de una causa de nulidad de pleno derecho.

Esto es así, en cuanto su finalidad es evitar que una situación afectada por el grado de invalidez más grave quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer un vicio de nulidad tan relevante, evitando, de este modo, que el transcurso de

los plazos de impugnación derive una consolidación definitiva de los actos administrativos que son contrarios al ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de incidir, de forma sucinta, que la propia legislación contempla límites a las facultades de revisión, pudiendo no ser ejercidas cuando por la 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 acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la LPACAP. La interpretación de estos límites ha sido objeto de una amplia doctrina jurisprudencial, pues, como es de ver, las escuetas determinaciones precisadas en la norma pueden dificultar la tramitación de la revisión, siendo ilustrativa de lo expuesto, por todas, STS de fecha 14 de mayo de 2020 (Rec. 2269/2019).

No obstante, del análisis pormenorizado de la cuestión objeto de debate, se desprende que, en principio, sin perjuicio de analizar cada caso concreto, no nos encontraríamos ante ninguna de las causas legales que, conforme al citado precepto, operan como límites a la facultad revisora de la Administración.

Sentado lo anterior, dígase que el instrumento de la revisión de oficio es una autentica potestad administrativa, de carácter exorbitante, que se configura como la respuesta a supuestos excepcionales en los que se constata la concurrencia de una de las tasadas causas de nulidad.

Por tanto, se debe advertir que el mecanismo de la revisión de oficio es la respuesta a supuestos excepcionales y no un instrumento habitual para amparar aquellas actuaciones realizadas al margen de la legislación vigente, pues, por su propia naturaleza, queda reservada para los casos de transgresión más grave del ordenamiento jurídico. De ahí se infiere que la interpretación y ejercicio de la potestad revisora deben ser realizados con carácter restrictivo.

De esta forma se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, entre otras, en STS de 1 de marzo de 2017 (Rec. 2450/2014) que señala: *“La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro (...). De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de*

los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguarda 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 (FJ 4 STS 365/2006, de 17 de enero)”.

Este régimen general de la revisión de oficio recogido en la LPACAP se ve complementado por la existencia de un régimen especial en materia de contratación pública, recogido en el artículo 41 y en el artículo 42 de la LCSP, en lo que a sus efectos se refiere.

En este sentido, la normativa de contratación regula la institución jurídica de la revisión de oficio en el artículo 41 de la LCSP, que prevé lo siguiente: *“La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*.

En definitiva, la vía de la revisión de oficio de los actos administrativos se articula como el cauce extraordinario y específico previsto para otorgar a la Administración la facultad de iniciar un procedimiento para declarar la nulidad de un acto, cuando este adolece de un vicio de nulidad absoluta, como sucede en los casos analizados en el presente trabajo.

Esto es así, en cuanto ante un acto nulo de pleno derecho el ente público no puede dar remedio al daño antijurídico ocasionado sin que haya precedido previa declaración de nulidad, por ello, debe tramitarse el correspondiente **procedimiento de revisión de oficio**.

Al respecto, hay que advertir que el artículo 106 de la LPACAP es diáfano al señalar que la revisión de actos nulos es una potestad de las Administraciones Públicas que podrán ejercer en “cualquier momento”, por iniciativa propia o a solicitud del interesado.

De la interpretación del citado precepto se infiere que la potestad revisora de la Administración no está sujeta a plazo de prescripción, pudiendo ser ejercitada en

cualquier momento para declarar la nulidad de aquellos actos contrarios al tráfico jurídico, sin perjuicio de las limitaciones legales que anteriormente señalábamos.

Es pacífica la doctrina al respecto, contenida, entre otras, en SAN de 21 de mayo de 2021 (Rec. 987/2019) que prevé: *“Como es sabido, la acción de nulidad es imprescriptible y su ejercicio, que puede instarse sin limitación temporal alguna, obliga a la Administración autora del acto declarativo de derechos o de la disposición de carácter general a iniciar procedimiento revisorio, a seguirlo por sus trámites y a concluirlo mediante la adecuada resolución expresa”*.

Así pues, aunque se trata de una facultad exclusiva de las Administraciones públicas, la iniciativa revisora puede ser propia o mediar previa solicitud de aquellos interesados que se han visto afectados por la actuación administrativa cuya validez es cuestionada.

A estas precisiones, ha de añadirse que la norma requiere que, una vez instado el procedimiento de revisión por la posible causa de nulidad del artículo 47 de la LPACAP, en el caso de la contratación sin seguir el procedimiento legalmente establecido, la contenida en su letra e), se deberá obtener de forma preceptiva a declarar la nulidad del acto administrativo, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere.

Para ello, el órgano competente deberá solicitar a dicho órgano consultivo que emita un Dictamen sobre la cuestión objeto de controversia, adjuntando para ello una propuesta de resolución o acuerdo formalmente dictado en la que queden expuestos perfectamente los antecedentes, los fundamentos jurídicos y el objeto de la consulta, así como la documentación que estime conveniente.

Los dictámenes de tal órgano relativos a expedientes de revisión de oficio tienen carácter obstativo, atendiendo a su carácter excepcional, lo que significa que el dictamen debe ser favorable a la nulidad del acto para que la entidad pública pueda apartarse de él.

En consecuencia, tras recabar el informe preceptivo, y si éste es favorable, el órgano competente, en el seno de dicha revisión de oficio, deberá dictar, en el plazo de seis meses desde que se inició el procedimiento de revisión, una resolución declarando, si así lo estima conveniente, la nulidad del acto administrativo.

Por último, debe advertirse que la competencia para declarar la nulidad de los contratos públicos se regula expresamente en el artículo 41.3 de la LCSP, que prevé:

“Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

Ello resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 41.4 LCSP que incide en que *“salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar”*, puesto que se manifiesta la voluntad del legislador de que ambas atribuciones sean ejercidas por quien ostente la condición de órgano de contratación.

Por consiguiente, la revisión de oficio es el procedimiento idóneo, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que ha sido expuesta, para hacer frente a una contratación verbal irregular, esto es, al margen del procedimiento legalmente establecido.

11. ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DE LA REVISIÓN DE OFICIO?

Como anteriormente incidíamos, los aspectos relativos a los efectos del procedimiento de revisión se regulan en el artículo 42 de la LCSP, cuya dicción literal es la siguiente:

“1. 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”.

Pues bien, resulta lógico que la declaración previa de la nulidad de los actos preparatorios comporte la nulidad del propio contrato, constituyendo tal declaración firme un presupuesto necesario para que la nulidad despliegue sus efectos.

No obstante, por motivos de economía procesal, resulta plausible acumular la declaración de nulidad a la compensación que proceda abonar por los trabajos realizados, como afirma, por todos, el Dictamen nº1724/2011 del CE de fecha 21 de diciembre de 2011. Al respecto, en el mentado Dictamen se infiere que:

“Nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma.”

Del examen del citado precepto legal se desprende que la consecuencia de que el contrato sea declarado nulo es que éste entrará en fase de liquidación, con dos consecuencias. Por un lado, la obligación de ambas partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que hayan sido realizadas, o, si ello deviniera imposible por la naturaleza

de las prestaciones realizadas, el desembolso del valor económico de aquella prestación recibida cuya restitución deviene imposible.

Por otro lado, la obligación del que resulte culpable de indemnizar los daños y perjuicios causados que, *recuérdese*, puede determinarse en el marco del propio procedimiento de revisión, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 106 de la LPACAP.

De manera que declarada la nulidad del acto de adjudicación por el órgano de contratación se debe atribuir a la misma los efectos que le son propios en los términos señalados, entre los que evidentemente se encuentra el de reconocer obligaciones en favor de un tercero con el que la Administración contrató inválidamente, bien abonando el valor económico de una prestación que no puede ser devuelta, bien indemnizando los daños y perjuicios causados al tercero, o incluso las dos.

Por lo que se refiere a la liquidación contractual cuando la restitución de la prestación resulta imposible, ésta deberá comprender el valor económico de la prestación realizada, teniendo en cuenta la proscripción del enriquecimiento injusto de las partes en el contrato.

Existe un amplio cuerpo jurisprudencial, por todas, STS de 23 de marzo de 2015 (Rec. 993/2014) que ha venido declarando que *“tal obligación de abono de los servicios no tiene por título el contrato, que no existe y es nulo de pleno derecho, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido tales servicios”*.

Por consiguiente, la cantidad que corresponda abonar al contratista no tendrá la condición de precio de un contrato, sino que obedece al equivalente pecuniario de una prestación que, debiendo ser restituida precisamente por la nulidad del contrato, no puede serlo *in natura*.

La STS de 13 de julio de 1989 configura la contratación administrativa como eminentemente formal. Nuestro Alto Tribunal entiende que la contratación verbal ostenta el carácter de pacto radicalmente nulo, y no produce, en consecuencia, efectos derivados de su inexistencia jurídica. Esta conclusión jurídica no puede desconocer la real existencia de prestaciones, cuyas consecuencias, si bien no pueden ampararse ni justificarse legalmente en ninguna figura contractual, sí encuentra apoyo lógico y jurídico en la aplicación de los principios generales del Derecho, y básicamente en el sistema de

“enriquecimiento injusto”, debiendo de restituirse, en tales casos, al tercero, el valor de la prestación efectivamente realizada, en la cuantía en que coincide el provecho o enriquecimiento obtenido por la Administración y el correlativo empobrecimiento para aquél a cuya costa se realizó la prestación.

Este mismo criterio jurisprudencial ha sido aplicado por el TS en Sentencias de 22 de enero de 1975, 21 de abril de 1976, 3 de noviembre de 1980, 9 de noviembre de 1999, 27 de diciembre de 1999 y 25 de octubre de 2005. Todas ellas parten de la existencia en tal caso de irregularidades en el trato precontractual.

En cualquier caso, respecto del modo de proceder, interesa citar el pronunciamiento del Dictamen 358/2009, de fecha 27 de mayo de 2009, del CCAN que prevé que *“la liquidación de los contratos ha de practicarse una vez que la declaración de nulidad adquiera firmeza y el valor de las prestaciones ha de ser calculado precisamente en el momento inicial en que se produjeron los pactos, pues hay que tener presente que, por el carácter originario, estructural e insubsanable de la nulidad, la propia naturaleza restitutoria determina que el momento de dicho cálculo deba ser el del pacto”*.

12. ¿QUÉ COMPRENDE EL VALOR DE LA PRESTACIÓN REALIZADA?

Ahora bien, la restitución única y exclusivamente deberá comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, puesto que, la obligación de devolver no deriva del contrato, sino que deviene específicamente de la regla contenida en el artículo 42 de la LCSP.

En este sentido, se pronuncia, entre otros, el Dictamen 5/2020 de fecha 28 de enero de 2020 del CCA que mantiene:

“La restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz. El artículo 42 de la LCSP limita la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan solo los mismos) soportados por quien la prestó. Cualquier otra partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 42.1 de la LCSP conforme al cual, «la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».”

Esta afirmación, nos conduce ineludiblemente a sostener que únicamente procedería el abono de la prestación efectivamente realizada, lo que se traduce en lo siguiente.

❖ **Sobre el valor de la prestación realizada.**

Debemos diferenciar entre la contratación verbal irregular fruto de prórroga tácita o modificación del contrato (en ambos casos, existe un vínculo contractual previo legal entre la adjudicataria y el órgano de contratación y, por ende, determinados aspectos de la prestación pueden estar pactados en el contrato) y la contratación verbal irregular de origen, esto es sin los actos preparatorios, ausencia de expediente, de procedimiento y adjudicación directa donde no existe compromiso escrito alguno ni presupuesto previo.

Así, por ejemplo, en el contrato de obras, el precio de las unidades de obra puede estar estipulado en el proyecto técnico aprobado, el cual forma parte de la documentación contractual.

En ese sentido, la citada resolución judicial **STSJA de 2 de abril de 2012** dispone que *“en cuanto a los efectos de la nulidad que procede declarar, la modificación irregular del contrato no puede conducir a la consecuencia de negar el cobro de los gastos y honorarios correspondientes consumando un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos por una parte -la Administración- y las cargas sufridas por la otra, en este caso por la adjudicataria; desequilibrio que al surgir de una relación contractual ha de corregirse por medio de la regla prohibitiva de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto, según viene reiteradamente proclamando el Tribunal Supremo”*.

Por tanto, en tanto la contratista ha realizado efectivamente unos trabajos adicionales, no por decisión unilateral de la misma, sino de conformidad con la Administración contratante, aunque no se haya tramitado el oportuno expediente de modificación del contrato, procede el pago de la prestación efectivamente realizada.

Pues bien, ante dicha modificación contractual irregular, el Tribunal propone que el valor de la misma se fije atendiendo a los precios del contrato inicial, en tanto no se ha justificado por la adjudicataria *“que los precios fijados en la modificación contractual obedezcan a criterios distintos a los señalados en el contrato inicial, o en especial, que no obedezcan a criterios de mercado”*.

En ese sentido, la JCCPC en el ya mencionado Informe 9/2022 de 17 de noviembre, afirma que, pese a la improcedencia de la modificación de facto del contrato de obras, el órgano de contratación debería abonar al contratista el precio establecido en el contrato inicialmente, más el exceso, si es el caso, correspondiente a los gastos en que haya incurrido para llevar a cabo la modificación.

En todo caso, dispone que, al tratarse de una situación irregular, dicha compensación deriva del deber de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración y no de una obligación contractual, por lo que se debe limitar estrictamente a compensar económicamente los costes de lo que efectivamente ha realizado el contratista y que el órgano de contratación ha recibido con conformidad.

El Tribunal Supremo ha venido señalando que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración⁵⁰.

En idéntico sentido, la JCCAC, por todos en su Informe 2/2021 de 12 de febrero, ha concluido que la compensación que procede abonar a una empresa que haya estado ejecutando las prestaciones propias de un contrato público sin contrato, para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, no deriva de la prórroga verbal o tácita del contrato, que es nula, sino que deriva del deber de evitar dicho enriquecimiento, por lo que debe limitarse a tal efecto, teniendo en cuenta la actuación o la conducta de la empresa, en los términos en que lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Para la JCCAC en el cálculo de la compensación, limitada a los costes efectivos y sin incluir los otros componentes retributivos propios de los contratos válidamente celebrados, con carácter general sí deberían tenerse en cuenta los gastos salariales que efectivamente se hayan derivado de la realización de la prestación, con el incremento que, en su caso, éstas hayan experimentado con ocasión de la negociación colectiva.

Ahora bien, en el caso de una prórroga verbal o tácita, en el que la participación y el conocimiento de la empresa contratista en la situación de hecho contraria a Derecho ha sido clave, de la que se ha podido beneficiar habiendo sido “contratista” sin ganar la licitación previa correspondiente, el citado órgano consultivo ha concluido que si las partes han accedido a la ficción de la “prórroga” del contrato, es coherente con los propios actos de ambas que se mantengan las condiciones con que se estaba prestando el servicio, sin pretender una “revisión” de precios.

Así pues, ha señalado que no procede la revisión de precios de un contrato motivada por el incremento sobrevenido de los costes salariales de las empresas contratistas derivados de la negociación colectiva, ni en el periodo de su duración inicial, ni en el de su prórroga, no resultando procedente hablar de “revisión de precios” en caso de que se esté ejecutando una prestación sin cobertura contractual bajo la apariencia de

⁵⁰ Sentencia de 23 de marzo de 2015 (recurso 993/2014), que reproduce los términos de la Sentencia de 18 de julio de 2003 (recurso 254/2002).

una prórroga, que no es tal, ya que se ha acordado de forma tácita o verbal y, por tanto, es contraria a Derecho.

Asimismo, el CCAN en los dictámenes 270/2002, de 23 de octubre, 513/2020, de 30 de septiembre, y 720/2020, de 22 de diciembre, entre otros, ha determinado que el coste económico debe incluir en cualquier caso el enriquecimiento de la Administración, es decir, el valor de la cosa que la Administración haya recibido.

Al respecto, debe advertirse que el valor estimado del contrato constituye un elemento esencial de la relación contractual, que permite al órgano de contratación fijar su valor y, además, determina las reglas de publicidad aplicables -en función de si está sujeto o no a regulación armonizada-, así como el procedimiento de licitación oportuno -la aplicación de los procedimientos abierto simplificado y simplificado abreviado depende del valor estimado del contrato-. Evidentemente, con la contratación verbal se incumplen las reglas para su determinación.

El concepto de valor estimado en los contratos se introdujo en nuestra legislación de contratos públicos por influencia del Derecho comunitario y, más concretamente, por la obligación de transposición de lo previsto en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Para el cálculo y determinación del valor estimado debe estarse a lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP.

Por lo que aquí interesa, el valor estimado de los contratos de obras, suministros y servicios se determina por el órgano de contratación teniendo en cuenta el importe total pagadero según sus estimaciones, IVA excluido.

Y en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el órgano de contratación lo determinará en función del importe neto de la cifra de negocios que, según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación, IVA excluido.

Como regla general, el cálculo del valor estimado incluye los siguientes conceptos:

- Los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes. En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano

de obra, se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

- Otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios.
- Los gastos generales de estructura.
- El beneficio industrial.
- Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.
- En el caso de modificaciones previstas en el Pliego, el importe máximo de éstas.

Otro concepto económico al que hace referencia la legislación vigente en materia de contratos es el presupuesto base de licitación. En concreto, está regulado en el artículo 100 de la LCSP y constituye “*el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación*”, incluido el IVA.

En el presupuesto base de licitación, a diferencia del valor estimado, no se incluye el valor de las eventuales prórrogas ni de la modificación prevista del contrato, siendo el gasto máximo en que puede incurrir el órgano de contratación en la duración inicial del contrato.

Dicho presupuesto debe ser adecuado a los precios del mercado, debiendo desglosarse los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Y en los contratos en los que exista mano de obra, deben determinarse de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral aplicable.

Asimismo, la LCSP habla de “precio del contrato” que, en virtud del artículo 102, debe ser cierto y adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato atendiendo al precio general de mercado, y debe incluir el IVA. Igualmente, en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse también lo dispuesto en los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables.

Sin embargo, la contratación verbal en origen, a diferencia de los anteriores, no existe preparación del contrato, por lo que no hay presupuesto base de licitación, valor estimado ni precio de adjudicación.

En tales casos, la doctrina mayoritaria considera que el precio o valor de la prestación realizada deberá fijarse en base a la valoración que hagan los técnicos de las tareas realizadas atendiendo a precios de mercado.

❖ **Sobre el concepto del beneficio industrial.**

La postura mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia es que debe quedar fuera del valor de la prestación que corresponda percibir el “beneficio industrial”, puesto que, estando ante un contrato nulo, éste no debe desplegar ningún tipo de efecto y menos los mismos que los de un contrato válido. De ahí que cualquier otra partida de carácter indemnizatorio deberá incluirse dentro del inciso final del artículo 42.1 de la LCSP, como a continuación esgrimiremos con mayor profundidad.

En ese sentido se pronuncia la ya citada **SAN de 20 de noviembre de 2019** en la que se conoce sobre una reclamación del pago de facturas por la ejecución de diversos trabajos de asistencia sin que se acredite la existencia de un contrato.

A tal efecto, dicha resolución judicial sostiene que la indemnización que, por aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, conforme a reiterada jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado pueda acordarse, es completamente ajena al procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas en cuanto a la obligación de pago de los contratos, concluyendo que no cabe amparar la reclamación de pago de facturas, sin un contrato administrativo que les de soporte, en la legislación contractual.

Pues bien, la también mencionada **SJCAS nº19/2022 de 27 de enero** viene a manifestar que, declarada la nulidad de un contrato mediante el procedimiento de revisión de oficio, la liquidación tiene por objeto abonar exclusivamente las cantidades correspondientes a los gastos efectivamente incurridos por el contratista, excluyendo beneficio industrial e interese de demora de la ley de morosidad, con remisión a la jurisprudencia del TS.

Asimismo, la ya referida **STSJCM nº53/2020 de 1 de abril** manifiesta también la necesidad de detraer el beneficio industrial del pago por los trabajos efectivamente ejecutados por contratación irregular al margen del procedimiento legalmente establecido.

Así, afirma que “*como se desprende del Dictamen del Consejo Consultivo Andaluz nº484/2006 (cuyos argumentos jurídicos compartimos en su integridad), la doctrina que lleva a descontar el beneficio industrial en la liquidación de los contratos nulos es congruente cuando se aprecia la concurrencia de culpas de los contratantes, y va acompañada de la presunción de que resulta altamente improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación -o, como en este caso, una prórroga tácita del contrato- prescindiendo de todo procedimiento. En el sentido indicado, ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (dictamen de 12 de enero de 1995), que «no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder, sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad (...)». En este plano, el Consejo Consultivo ha expuesto en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. La consistencia jurídica de una solución de estas características está anclada en las sólidas razones que justifican la existencia misma de un régimen jurídico propio para la contratación administrativa, y es congruente no sólo con lo expresamente establecido por el legislador, sino también con la necesidad de defender el interés público, evitando quebrantos para la Hacienda Pública a la par que se desincentivan conductas antijurídicas que socavan los principios de la contratación administrativa de las Administraciones Públicas”.*

Al respecto, la JCCPC en el ya mencionado Informe 9/2022 de 17 de noviembre sostiene que la inclusión o no del beneficio industrial dependerá del grado de conocimiento por parte de la empresa contratista de la ilegalidad de la actuación, y que, en su caso, éste se reconocería por la vía de la indemnización de daños y perjuicios causados por la parte culpable.

Y, en ese sentido, dicha JCCA en su Informe 2/2021 de 12 de febrero concluye que, atendiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, en el seno de la institución de prohibición de enriquecimiento injusto, en aras a determinar la cuantía a abonar a la contratista como compensación -que no precio-, se ha de tener en cuenta la conducta de la empresa, declarando la improcedencia de incluir el beneficio industrial cuando aquélla

también ha actuado contraviniendo la normativa y los principios rectores de la contratación pública siendo conocedora de tal irregularidad.

En el idéntico sentido, el CE, en su Dictamen 506/2017 de fecha 28 de septiembre de 2017 ha mantenido que la indemnidad del contratista se alcanza con la restitución de un importe equivalente al coste de la prestación realizada, prescindiendo del beneficio que incorpora su precio, debiéndose equipar el valor de la prestación, como regla general, al **coste de la prestación** y no a su precio.

De igual modo, se pronuncia el Dictamen nº622/2016, de fecha 6 de octubre de 2016, del CCAN que señala que, *“no solo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder, sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad (...)*, razón por la que se prescinde del beneficio industrial, en tanto deben recaer sobre el copartícipe las mismas consecuencias de tales vicios de nulidad.

Asimismo, interesa citar el Dictamen nº200/2020, de fecha 25 de marzo de 2020, del CCAN, que, recogiendo una extensa doctrina en la materia, concluye que el contratista en estos supuestos de nulidad contractual tiene derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, descontando el beneficio industrial.

Asimismo, esta postura también es sostenida por el TS, en Sentencias como la de fecha 11 de enero de 2013 (Rec.5082/2010).

No obstante, la doctrina en materia de contratación no es unánime al respecto, pues, debe advertirse que hay órganos consultivos que sostienen que *“durante el tiempo en que el contratista continúa prestando el servicio una vez concluido el plazo fijado en el contrato inicial, la Administración contratante debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación y debe hacerlo, en lo que sea posible, en los términos fijados en el contrato inicial, debiéndose modular el principio de riesgo y ventura en este periodo conforme a este principio.”* Vide. Informe 31/17 de fecha 18 de julio de 2017 de la JCCPE.

En consecuencia, ateniendo a la doctrina mayoritaria, la existencia de coparticipación o concurrencia de culpa de la otra parte, la “contratista”, conduce a afirmar que no procede abonar el beneficio industrial, pues, su abono, a sabiendas de que

aquella conocía que su actuación no estaba amparada por ningún título legal válido, implicaría de facto favorecer la contratación al margen de la legalidad.

❖ Sobre la indemnización de daños y perjuicios

Igualmente, se infiere en el artículo 42.1 de la LCSP que *“la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 106.4 de LPACAP, la legislación de contratos prevé la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de la declaración de nulidad de los contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio del deber, impuesto a las partes específicamente en la normativa contractual examinada, de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo. Si bien esta última norma, se remite a la concurrencia de las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015.

Pues bien, la STS de 11 de enero de 2013 (recurso 5082/2010) expresa que *“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 citadas, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el Legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas”, insistiendo en que “el efecto del incumplimiento de una obligación y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables (...) La invalidez y la resolución del contrato son instituciones diferentes a las que no cabe duda que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada. La invalidez del contrato supone que la obligación no ha llegado a nacer válidamente y la resolución del contrato supone privar de efectos a una obligación válidamente nacida al mundo del derecho. De todo lo anterior se desprende que, sin negar que además del daño deban indemnizarse los perjuicios, y que estos sean diferenciables de aquellos, esa identificación y prueba no puede consistir en la de los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación existente, que es precisamente lo que se hace al considerar como tales perjuicios el lucro cesante ligado al incumplimiento de obligación”*.

Por tanto, lo que resulta de procedencia es la restitución de las prestaciones entre las partes, así como la indemnización por los perjuicios sufridos, siempre que se pruebe el daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, presupuesta antes la relación de causalidad.

Ahora bien, conforme al razonamiento jurídico precedente, sin perjuicio de analizar cada caso concreto, con carácter general, en los supuestos planteados de contratación irregular consistentes en la contratación verbal o modificación del contrato sin la previa aprobación formal del órgano de contratación, en opinión de quien suscribe debería rechazarse la procedencia de abonar indemnización alguna al contratista siempre y cuando se pueda aseverar que la contratista era conocedora de que la contratación se consumaba al margen de las formalidades contenidas en la normativa de contratación, y pese a ello, consintió de mutuo acuerdo la encomienda realizada por la Administración.

En tales casos, cuando la intervención de la propia contratista en la causa de nulidad resulte palmaria, no puede considerarse que se haya ocasionado con la adjudicación y ejecución del contrato luego declarado nulo ningún perjuicio que deba ser indemnizado por la Administración.

En esta línea, conviene traer a colación el anteriormente citado Dictamen 358/2009, de fecha 27 de mayo de 2009, del CCAN, que comulga con el razonamiento seguido en el presente Dictamen, indicando que:

“Del expediente sometido a consulta se aprecia concurrencia de culpas de ambas partes contratantes, debiendo entenderlas compensadas. Y es que, como este Consejo Consultivo ha expuesto en diferentes ocasiones (por todos, dictamen 18/1995) no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder, sino que también cabe reputar a la entidad contratista como cocausante de la nulidad”.

Este criterio resulta congruente con la postura sostenida puesto que fluye con evidencia que, si bien es cierto que la Administración ha actuado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, no lo es menos que la contratista también ha participado en la causa de nulidad, existiendo una concurrencia de culpas, al consentir la actuación irregular de la Administración pese a ser conocedora de que la prestación se realizaba sin necesaria cobertura legal.

No obstante, dicho cuanto antecede, lo cierto es que en esta cuestión también difieren las posturas sostenidas por la doctrina existente en la materia, interesando advertir que hay quien sostiene la compatibilidad del abono al contratista de los gastos por la ejecución del servicio con el pago de una indemnización en concepto de lucro cesante por los servicios dejados de prestar. Esta tesis es defendida, entre otras, en la STS de 7 de mayo de 2012 (Rec. 3819/2008).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia también se inclina por descartar la indemnización de daños y perjuicios cuando el contratista interviene de forma activa en tal contratación irregular.

Así, por ejemplo, la ya mencionada **STSJA n°2405/2020 de 26 de noviembre** afirma taxativamente que “No cabe hacer pesar exclusivamente sobre el Ayuntamiento los defectos causantes de la nulidad del contrato, sino que la contribución de la actuación de la recurrente ha de reputarse concausa de la nulidad, lo que supone la improcedencia de la fijación del derecho a indemnizada”.

Y concluye: *“En definitiva, no cabe como se pretende, hacer pesar exclusivamente sobre el ayuntamiento los defectos causantes de la nulidad del contrato, sino que la contribución de la actuación de la propia recurrente ha de reputarse, asimismo, concausa de la nulidad, lo que supone la improcedencia de la fijación del derecho a indemnizada consecuencia de la declaración de nulidad, y ello sin perjuicio del derecho de las partes a reclamarse mutuamente la liquidación del contrato por los cauces que tengan por conveniente”*.

En su caso, pese a sostener que no procede abonar indemnización alguna por daños y perjuicios en los términos señalados, hay que indicar que la competencia para acordar las indemnizaciones que, en su caso, proceda reconocer a los interesados corresponderá al mismo órgano que ostenta la competencia para la declaración de nulidad de la que trae causa el contrato, esto es, el órgano de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.4 de la LPACAP. Así pues, tal y como se establece en el apartado 4 del artículo 41 de la LCSP, dicha facultad no es susceptible de delegación.

❖ **Sobre los intereses de demora.**

En último término, debemos hacer referencia a que la jurisprudencia mayoritaria es partidaria de rechazar la aplicación de intereses de demora en estos casos de contratación irregular.

Así, destaca la **SAN de 14 de octubre de 2019**⁵¹ que deniega expresamente el reconocimiento de intereses de demora derivados de un contrato verbal.

A tal efecto, la citada resolución judicial concluye que la ejecución por encargo verbal no puede amparar la exigencia de intereses de demora conforme a la legislación contractual. Y la cantidad reconocida en los expedientes de convalidación no es el precio de contrato, sino un procedimiento excepcional, dirigido a la compensación a que hubiere lugar en caso de obligaciones de pago comprometidas, a efectos de abonar las prestaciones realizadas, tanto para evitar una reclamación de responsabilidad patrimonial, como para corregir el enriquecimiento injusto que, en otro caso se produciría.

En ese sentido, la mencionada Sentencia entiende que no cabe acoger la pretensión relativa a los intereses de demora, por cuanto la prestación de los servicios en cuestión no estuvo cubierta por un contrato administrativo específico regulado en la LCSP debidamente formalizado, sino que su abono se efectuó tras el oportuno procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal, en el seno de un expediente de convalidación de gasto, sin que dicha convalidación tenga naturaleza contractual. El pago tiene, por tanto, carácter meramente resarcitorio como efecto de la declaración de nulidad.

Recuerda la AN que la contratación verbal está prohibida, de acuerdo con el carácter formal de la contratación pública, así como que, cuando hay una contratación irregular, deben diferenciarse los siguientes aspectos:

- a) la cuestión relativa al abono al contratista de las prestaciones realizadas, en evitación de un enriquecimiento injusto;
- b) la revisión de oficio del acto nulo (106 y 107 de la Ley 39/2015);
- c) la exigencia de responsabilidades disciplinarias al titular del órgano o funcionario responsable que ha procedido a la contratación irregular;

⁵¹ Sentencia de 14 de octubre de 2019, Rec. 398/2018 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, Ponente: Gómez García, Ana Isabel (LA LEY 152812/2019).

d) la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del expediente de gestión económico-financiero, conforme al artículo 28. c) o d) y siguientes de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Pues bien, con respecto a la pretensión de intereses de demora en un contrato verbal irregular y, por tanto, nulo de pleno derecho, la AN dispone que tal reclamación exige la preexistencia de un contrato administrativo válido, por lo que, siendo que en ese caso la contratación no ha sido aprobada conforme al procedimiento administrativo específico regulado en la legislación contractual del sector público, la ejecución por encargo verbal no puede amparar la exigencia de intereses de demora conforme a la legislación contractual. Y ello por cuanto 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 de contrato.

En idéntico sentido, destaca la **STSJG nº6/2019 de 23 de enero**⁵², que viene a ratificar la exclusión de los intereses de demora en supuestos como los que son objeto del presente trabajo.

En concreto, se trata de una “prórroga tácita” del contrato para la gestión del Servicio Municipal de Agua Potable y Depuradora de Aguas Residuales, en el que dicha Sentencia excluye *"los conceptos de beneficio industrial y gastos generales ya que en una liquidación de una relación contractual viciada de nulidad hay que valorar las prestaciones objeto de restitución, pero no procede admitir que ese contrato nulo produzca efectos como si fuese válido"*.

Igualmente, nuestro Alto Tribunal en **STS nº722/2022 de 13 de junio**⁵³, se ha pronunciado al respecto de un recurso de casación con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia al objeto de determinar si el derecho al cobro del importe de

⁵² Sentencia nº6/2019 de 23 de enero de 2019, Rec. 7033/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente: Paz Eiroa, Cristina María (LA LEY 6065/2019).

⁵³ Sentencia nº722/2022 de 13 de junio de 2022, Rec. 5437/2020, del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente: Riego Valledor, José María del (LA LEY 124902/2022).

las unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificación alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato y si a los intereses de demora que genera le es de aplicación la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En particular, se refiere a una obra ejecutada al margen del proyecto previamente aprobado por el órgano de contratación y por encargo de éste, esto es, sin llevar a cabo el oportuno procedimiento de modificación del contrato de obras con carácter previo a su ejecución. Según consta acreditado, el contrato de obras de reordenación funcional y arquitectónica del área de hospitalización, torre A, del hospital Virgen de la Victoria de Málaga tuvo múltiples incidencias, entre ellas la realización de obras fuera de proyecto y la falta de acuerdo entre las partes sobre la modificación del contrato, lo que imposibilitó incluso la recepción de la obra.

A los efectos de regularizar tal situación, se llevó a cabo por parte de la Administración el oportuno procedimiento de revisión de oficio con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en la normativa contractual en materia de modificación del contrato, reconociéndose una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración. Esto es, el reconocimiento extrajudicial del importe correspondiente a las obras ejecutadas fuera del contrato tuvo la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, que había incorporado las obras realizadas fuera del marco legal de la contratación.

Pues bien, siendo un claro supuesto de contratación irregular, ante la reclamación de los intereses de demora por parte de la mercantil contratista, nuestro más Alto Tribunal ha afirmado que no procede el reconocimiento de intereses de demora en el período reclamado por cuanto la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, y no de precio del contrato, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración.

En idéntico sentido, se ha pronunciado la **STSJCL nº1365/2022 de 2 de diciembre** afirmando que resulta improcedente el abono de los intereses moratorios cuando nos encontramos ante una contratación irregular, en tanto en dichos supuestos no es de aplicación la legislación de contratos administrativos, con remisión a la STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2010 y la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2013.

Por consiguiente, cuando no se sigue el procedimiento legalmente establecido, es decir, en supuestos de contratación irregular, se impone a la Administración la obligación de pagar el coste de lo efectivamente ejecutado, pero sin que resulte de aplicación los intereses de demora previstos en la legislación contractual.

13. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo expuesto, la primera conclusión que puede alcanzarse de la lectura del presente trabajo de investigación es que, pese a estar expresamente prohibida, con carácter general, la contratación verbal en la legislación vigente en materia de contratos públicos de nuestro país -salvo que tenga carácter de emergencia, siempre y cuando concurren los presupuestos del artículo 120 de la LCSP-, se produce con mayor frecuencia de la deseada.

Tal y como se ha podido comprobar, la contratación verbal irregular constituye una figura a la que las distintas Administraciones Públicas acuden para satisfacer sus necesidades de forma inmediata, como principal consecuencia de la falta de planificación de las mismas.

Dicha contratación suele manifestarse, entre otros aspectos, en adjudicaciones directas (sin preparación previa del contrato), en prórrogas tácitas o forzosas (ante el inminente vencimiento de la duración del contrato vigente y la necesidad o conveniencia de su continuación), así como en modificaciones sustanciales o, sin serlo por concurrir los requisitos legales para su modificación, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para su aprobación previa.

Todos los supuestos referidos, que han sido ampliamente estudiados en el presente trabajo, tienen un presupuesto común: contravienen claramente el ordenamiento jurídico y, en particular, vulneran los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato, resultando nula de pleno derecho.

Como ha sido objeto de análisis, el principal problema práctico que plantea la contratación verbal irregular es encontrar una solución jurídica correcta para el pago de la prestación correctamente realizada por un tercero.

Al respecto, puede concluirse que la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos es unánime al afirmar que en estos supuestos de contratación nula debe garantizarse en todo el momento que no se produce un enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

Ahora bien, la doctrina del enriquecimiento injusto es el título material o fundamento para proceder al abono de la prestación contratada verbalmente, pero en modo alguno constituye el procedimiento válido para regularizar tal irregularidad.

Por consiguiente, en estos casos, en los que se contrata de facto prescindiendo de los mecanismos legales de concurrencia, publicidad, igualdad y control, la jurisprudencia acude a la doctrina del enriquecimiento injusto para compensar al contratista que ha sufrido un detrimento patrimonial a favor de la Administración que se ha enriquecido.

En ese sentido, de cuanto ha sido objeto de estudio, puede concluirse que el cauce procedimental adecuado, sin duda alguna, es la revisión de oficio. Así, declarada la nulidad contractual, se abre la fase de liquidación con recíproca obligación de restitución de prestaciones.

Por tanto, la forma correcta de proceder en caso de detección de un contrato verbal es iniciar la revisión de oficio por nulidad radical, con intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la CC, para declarar esa nulidad y abrir la liquidación que tendrá por objeto abonar exclusivamente las cantidades correspondientes.

En consecuencia, declarada la nulidad de un contrato, el principio de indemnidad de las partes contratantes obliga a éstas a restituirse recíprocamente las prestaciones entregadas y, si no fuera posible, su “valor”, el cual en ningún caso tiene naturaleza de precio de contrato, sino de coste o precio de mercado, prescindiendo del beneficio industrial y de los intereses de demora.

Finalmente, debe señalarse que los objetivos planteados en este trabajo de investigación pueden considerarse cumplidos. No obstante, como trabajo futuro, quizá en un programa de doctorado, podría ser objeto de estudio la contratación irregular en un sentido amplio, no sólo constreñido a los contratos verbales, ahondando, por ejemplo, en las consecuencias del fraccionamiento de la contratación menor.

14. BIBLIOGRAFÍA.

AMEZCUA ORMEÑO, E. (2016). “Regularización, valor estimado y otros conceptos económicos en el contrato de explotación de servicio hostelero establecido inicialmente de forma verbal”. *La Ley*. Nº 145.

ESCRIHUELA MORALES, F. J. (2012). *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios*. 4ª ed. Madrid: Wolters Kluwer. 2076 págs.

ESCUIN PALOP, C. (2005). “Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública”. *LA LEY*. Nº 46, pág. 29.

GARCÍA MELIÁN, J. C. (2020). “La contratación pública de emergencia”. *Wolters Kluwer*. Nº 167.

GIMENO FELIU, J. M. (2017). “La ley de contratos de sector público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones”. *Seminari de Dret Local. Federació de municipis de Catalunya*.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, L. (2017). “El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España: algunas propuestas de mejora desde el enfoque de la gestión pública”. *Wolters Kluwer*. Nº 148.

GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2023). *La transparencia en la contratación pública y sus límites*. Tirant lo Blanch. 312 págs.

MARTÍ I SARDÀ, I. (2019). “La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares”. *La Ley*. Nº 9549.

MORENO MOLINA, J. A. (2019). “Los principios generales de la LCSP 2017”. *Gabilex. Revista del gabinet jurídico de Castilla la Mancha*. Nº 1, págs. 21-34.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T. (2008). “Derecho al pago de obras públicas realizadas por encargo verbal”. *La Ley*. Nº 73, pág. 70.

ORTIZ ESPEJO, D. (2022). “Algunas propuestas sobre la mejora del control en la ejecución de los contratos públicos”. *Wolters Kluwer*. Nº 180.

PINTOS SANTIAGO, J.; PÉREZ BRAVO, J. (2020). “Contratación pública y COVID-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria”. *Gabilex. Revista del gabinete jurídico de Castilla la Mancha*. Nº 21, págs. 133-184

VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2018). “Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 46, págs. 7-64.

LEGISLACIÓN.

España. Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965 (Disposición derogada).

España. Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995 (Disposición derogada).

España. Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000 (Disposición derogada).

España. Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. BOE núm. 257, de 26 de octubre de 2001.

España. Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007. Disposición derogada.

España. Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2009.

España. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011 (Disposición derogada).

España. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

JURISPRUDENCIA.

Sentencia de la Audiencia Nacional, de 20 de noviembre de 2019, Rec. 145/2019, Ponente: José Luis Gil Ibáñez, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª (LA LEY 236545/2019).

Sentencia nº19/2022 de 27 de enero de 2022, Rec. 296/2021, Ponente: Varea Orbea, Juan, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N°1 de Santander (LA LEY 61865/2022).

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2008, Rec. 299/2005, Ponente: Celsa Pico Lorenzo (LA LEY 32038/2008).

Sentencia nº1365/2022 de 2 de diciembre de 2022, Rec. 207/2022, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Lucas Lucas, María de la Encarnación (LA LEY 312201/2022).

Sentencia nº53/2020 de 1 de abril de 2020, Rec. 149/2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Donate Valera, Inmaculada (LA LEY 48870/2020).

Sentencia nº13/2021 de 15 de enero 2021, Rec. 140/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Úbeda Tarajano, Francisco Eugenio (LA LEY 28145/2021).

Sentencia 1147/2012 de 2 de abril de 2012, Rec. 241/2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Ponente: Galindo Sacristán, Beatriz (LA LEY 95686/2012).

Sentencia 2405/2020 de 26 de noviembre de 2020, Rec. 771/2019, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente: Valpuesta Bermúdez, Victoriano. (LA LEY 232816/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo 1843/2017, de 28 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección: 4, Recurso: 2615/2015.

Sentencia de 14 de octubre de 2019, Rec. 398/2018 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, Ponente: Gómez García, Ana Isabel (LA LEY 152812/2019).

Sentencia nº6/2019 de 23 de enero de 2019, Rec. 7033/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente: Paz Eiroa, Cristina María (LA LEY 6065/2019).

Sentencia nº722/2022 de 13 de junio de 2022, Rec. 5437/2020, del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Ponente: Riego Valledor, José María del (LA LEY 124902/2022).