

# El pago de prestaciones ejecutadas sin cobertura contractual

RAQUEL HURTADO SOTO

*Letrada del Consejo de Estado*

En los últimos años, el Consejo de Estado ha conocido múltiples expedientes en los que se discutía el derecho de una empresa o un particular a ser resarcido por determinados servicios que había prestado a la Administración sin una estricta cobertura contractual. El denominador común de todos estos asuntos ha sido la falta de sometimiento a las reglas de la contratación pública y, más concretamente, a los principios de publicidad y concurrencia que la inspiran, de tal manera que, con posterioridad a la extinción de un contrato o al margen del objeto o contenido del mismo, un contratista realizaba determinadas prestaciones o servicios a favor de la Administración, cuyo abono posteriormente reclamaba.

El Consejo de Estado ha tenido que pronunciarse, en particular, sobre el mecanismo jurídico que ha de utilizarse en estos casos para evitar el enriquecimiento injusto que la ejecución de tales prestaciones puede suponer para la Administración, así como sobre las consecuencias económicas derivadas de tales hechos.

Ante el elevado número de casos sometidos a consulta y la disparidad de criterios existentes, el Consejo de Estado constituyó una ponencia especial para abordar esta cuestión, lo que se ha hecho en los dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022.

Los citados dictámenes comienzan haciendo una exposición de la casuística que se ha planteado ante el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Los supuestos más frecuentes son aquellos en los que el problema trae causa del retraso en la adjudicación de un nuevo contrato para la prestación de un servicio, de modo que el antiguo contratista (cuya relación contractual con la Administración ya ha finalizado) continúa durante un cierto tiempo prestando ese mismo servicio. Esto ocurre con la aquiescencia —expresa o tácita— de la Administración, o incluso propiciándolo activamente esta, pero sin responder a ninguna orden mínimamente formalizada; como máximo, a alguna orden verbal o muy informal, en ocasiones de difícil acreditación (en este sentido, por ejemplo, dictámenes núme-

ros 389/2017, de 6 de julio, 842/2017 y 843/2017, de 20 de diciembre, 80/2019, de 21 de febrero, 81/2019, de 14 de marzo, 680/2019, de 26 de septiembre, 878/2019, de 16 de enero de 2020, 1.112/2019 y 1.056/2019, de 5 de marzo de 2020). También se ha observado un escenario en el que, aunque llegó a haber una propuesta de adjudicación, el contrato no se adjudicó ni formalizó, pese a que, invocándose la urgencia del servicio, sus prestaciones se ejecutaron de forma inmediata, sin cobertura contractual, decidiéndose, finalmente, desistir del procedimiento contractual tramitado (véase dictamen número 356/2020, de 8 de octubre).

En otros casos, por el contrario, existen órdenes de continuidad del servicio o de ‘prórroga contractual’ algo más expresas pero igualmente irregulares (por ejemplo, dictámenes números 506/2017, de 28 de septiembre, 846/2017, de 2 de noviembre, 971/2018, de 13 de diciembre), órdenes expresas de desarrollar ‘trabajos complementarios’ fuera del objeto del contrato (dictámenes números 378/2016 y 379/2016, de 21 de julio), contratos menores que se pretenden adjudicados sin apenas procedimiento ni respeto a reglas formales (por ejemplo, dictámenes números 506/2017, de 28 de septiembre, 543/2017, de 20 de julio, 554/2017, 13 de julio, 1.165/2017, de 15 de febrero de 2018, y 45/2018, 46/2018 y 47/2018, de 1 de febrero) o con una indebida e insuficiente declaración de emergencia (dictámenes números 667/2019, 678/2019 y 679/2019, de 24 de octubre, y 906/2019, de 6 de febrero de 2020), contratos verbales sin que concurriesen las rigurosas circunstancias excepcionales y de emergencia en las que únicamente están admitidos (dictámenes números 553/2016, de 20 de julio, 554/2016, de 14 de julio, 751/2016, de 22 de septiembre, 906/2019, de 6 de febrero de 2020, y 456/2020, de 15 de octubre) o una utilización irregular de la figura de los convenios de colaboración (dictámenes números 47/2016, de 10 de marzo, 48/2016, 49/2016, 50/2016, 51/2016 y 52/2016, de 17 de marzo, 927/2016 y 930/2016, de 19 de enero de 2017, 928/2016 y 931/2016, de 15 de diciembre, y 929/2016, de 1 de diciembre)”.

Finalmente, se han planteado casos en los que el agotamiento de los créditos presupuestarios autorizados en la adjudicación y formalización del contrato impidió el abono de determinadas facturas al contratista (Dictamen 706/2021, de 27 de enero de 2022).

Ante estas situaciones, son dos las vías procedimentales a las que habitualmente han acudido las Administraciones públicas para resarcir a los afectados por los perjuicios que se les han ocasionado: por una parte, la de la revisión de oficio de los actos o decisiones que dieron lugar a la prestación de los servicios sin la necesaria cobertura contractual, de modo que a la corres-

pondiente declaración de nulidad se uniese el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios; y, por otra parte, la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

El Consejo de Estado, sin embargo, rechaza para la mayoría de los supuestos cualquiera de estas dos vías. En relación con la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos o decisiones administrativas que dieron lugar a la prestación del servicio sin cobertura contractual, indica lo siguiente:

“La pretensión revisora se fundamenta, al amparo del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (al que se remite el artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en una supuesta ‘ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido’ para dictar dichos actos. Declarada esa nulidad de pleno derecho, procede acordar el pago de esas prestaciones en concepto restitución recíproca o de indemnización (artículo 42.1 de la Ley 9/2017 y artículo 106.4 de la Ley 39/2015).

Esta solución –declarar la nulidad de una adjudicación contractual formalmente inexistente– puede resultar de compleja articulación en los casos en que no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago. Fuera de tales casos, esta primera vía exige un intenso esfuerzo de argumentación para acomodar el supuesto a un instituto –el de la revisión de oficio– que está diseñado para acoger, con mayor naturalidad, otros supuestos. En consecuencia, la aplicación de esta primera posibilidad debe hacerse con toda cautela y evitando distorsionar sus perfiles propios y característicos”.

Tampoco la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios de ellas dependientes, consagrada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, resulta adecuada, a juicio del Consejo de Estado, para dar solución a los casos mencionados:

“Ha de recordarse al efecto que esa responsabilidad patrimonial de la Administración es, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Consejo de Estado, ‘una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjui-

cios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible’ (entre otros, dictámenes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, y 456/2012, de 10 de mayo). En otros términos, ‘la figura de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado estima que si la petición de indemnización se basare en un título más específico, como puede ser el que se derive de la condición del reclamante, o el supuesto de hecho causante se inserta en una relación jurídica previamente constituida que dispone de vías específicas de resarcimiento –por ejemplo, una expropiación forzosa o un contrato–, procederá su aplicación prevalente con exclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración’ (dictamen número 390/2017, de 6 de julio)”.

Junto con las anteriores opciones, también se plantea el Consejo de Estado la posibilidad de encauzar este tipo de casos por la vía de la responsabilidad extracontractual con invocación del principio del enriquecimiento injusto, vinculado a la figura del cuasicontrato reconocido en los artículos 1089 y 1888 y siguientes del Código Civil –al tratar sobre la gestión de negocios ajenos–. Este cauce, pese a haber sido defendido en algunos votos particulares formulados a dictámenes emitidos en relación con este tipo de asuntos, también se excluye, con carácter general, lo que se justifica en los siguientes términos:

“Ciertamente, una nutrida jurisprudencia reconoce que el enriquecimiento injusto forma parte del ordenamiento jurídico administrativo, exigiendo cuatro requisitos para apreciar su existencia, que podrían concurrir en estos casos: a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido (en este caso, de la Administración). b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, siempre que no provenga del comportamiento de quien lo sufre (en este caso, el antiguo contratista). c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (en este caso, la desaparición de la causa originaria que era el contrato) (por todas, STS de 11 de mayo de 2004, recurso n.º 3554/1999).

En esta línea, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2012 (recurso n.º 5694/2010), el Tribunal Supremo recordaba que ‘son muchas las sentencias dictadas por este Tribunal sobre el posible enriquecimiento injusto

de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa (STS de 21 de marzo de 1991, 18 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006), en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración'. En atención a cuanto precede, no es extraño que prosperen en vía judicial acciones de enriquecimiento injusto ejercitadas por contratistas que se encuentran en situaciones como las aquí examinadas (véase, por ejemplo, STS de 23 de noviembre de 2012, recurso n.º 4143/2009).

Ahora bien, el enriquecimiento injusto no es en sí mismo una vía procedimental por la que canalizar el pago, de oficio, de esas cantidades debidas por la Administración, sino una acción propia y singular del derecho administrativo, y distinta también de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 12 de diciembre de 2012), que requeriría su previo ejercicio por el interesado. Por otra parte, la invocación del enriquecimiento injusto como fundamento jurídico en un procedimiento de responsabilidad extracontractual es una vía que, por general y supletoria, no puede acogerse en este tipo de casos que presentan un claro vínculo con una relación contractual, aunque esta se haya extinguido. La responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto debe considerarse, por tanto, como una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico”.

El Consejo de Estado concluye el análisis de los diferentes cauces posibles a seguir para resarcir al sujeto que ha prestado sus servicios a la Administración sin la necesaria cobertura contractual haciendo notar que, “en los casos descritos, (...) el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuentemente proviene de una relación contractual que previamente unía a la Administración y al contratista, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación –aunque sin llegarse a su adjudicación y formalización– y

que, en todos estos supuestos, las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose”.

Lo anterior obliga al alto órgano consultivo a concluir lo siguiente:

“En tales circunstancias, frente a las vías anteriormente analizadas, resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista ‘a vista, ciencia y paciencia’ de su antigua Administración contratante, se ponga en referencia con el previo contrato que ligó a las partes –o con el que se preveía que fuera a ligarlas–, desembocando en una responsabilidad de naturaleza contractual.

En definitiva, el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”.

La opción por el cauce jurídico de la responsabilidad contractual para dar solución a estos supuestos resulta relevante a la hora de determinar la cantidad que se debe abonar al contratista:

“Tal vía de la responsabilidad contractual condiciona, a juicio del Consejo de Estado, el cálculo del importe que por dicho concepto debe satisfacerse al antiguo contratista. En efecto, en la medida en que ese pago toma en consideración una relación contractual precedente, la retribución de las prestaciones debería atender, como regla general, al precio establecido en el extinto contrato. Ello posibilita que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento. En esta línea puede citarse –a efectos estrictamente hermenéuticos, dada la ausencia en los casos aquí contemplados de una decisión formal– [y en relación con los supuestos de persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad con un contrato previo ya extinguido y no prorrogado] el criterio empleado en el artículo 29.4 de la Ley 9/2017 (último párrafo), que establece 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 contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario’.

Dicha pauta general de atender al precio fijado en el previo contrato puede, no obstante, quedar exceptuada o modulada en dos casos concretos.

1) En primer lugar, en caso de que exista un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista, será ese acuerdo y no el contrato ya finalizado el que debería tomarse en consideración para determinar el importe de la compensación a satisfacer. Así se desprende, por ejemplo, de la STS de 28 de mayo de 2020 (recurso n.º 5223/2018), que versa sobre la reclamación de una empresa a la que la Comunidad de Madrid encargó continuar prestando un servicio de limpieza después de extinguirse el correspondiente contrato; en este caso, el Alto Tribunal afirma que el contrato ‘es claro que expiró sin ser prorrogado y la base de la relación posterior entre CLECE, S. A. y la Comunidad de Madrid es diferente: lo constituyen el encargo en cuestión y las condiciones que convinieron’. Se trataría, en estos casos, de dar efectividad a una relación acordada atípica e irregularmente entre las partes, lo que afectaría tanto al plazo como a otras condiciones, si bien para ello sería necesario, según doctrina y jurisprudencia, una prueba clara e incuestionable de la voluntad de ambas partes de otorgarla y consentirla.

2) En segundo lugar, el importe de la compensación puede reducirse en atención a la conducta de la empresa contratista, en la medida en que esta pueda influir en la apreciación del nexo causal. En una ya consolidada doctrina, el Consejo de Estado, en supuestos de prestaciones contractuales realizadas al margen del contrato, por no estar en él previstas o por haber expirado la relación contractual, ha reparado en la circunstancia de que la empresa contratista pudiera no ser del todo ajena a la irregularidad que se ha producido, concluyendo que, en tal caso, no puede beneficiarse de ella como si de una aplicación ordinaria del contrato se tratase. De concurrir tal circunstancia, dice la doctrina, no procederá abonar el precio de la prestación facturado sino su coste, que se calculará detrayendo de dicho precio el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio (entre otros, dictámenes números 843/2017, 906/2019 o 1.112/2019). En algunos casos, no obstante, dada la dificultad que presenta el cálculo de ese beneficio industrial, el Consejo de Estado ha indicado que, en lugar de este, procede detracer un 10 % de las facturas pendientes de abono (entre otros, dictámenes números 506/2017, 842/2017, 80/2019 y 878/2019). De este modo, la in-



demnización por responsabilidad contractual no incluirá el beneficio de la adjudicataria, en atención a su participación en la producción del daño. Por este mismo motivo, debería excluirse la procedencia de toda compensación si se acreditase que la prestación del servicio no se hizo ‘a vista, ciencia y paciencia’ de la Administración contratante, esto es, si esta no estaba al corriente de esa continuación en la prestación o manifestó expresamente su oposición a la misma”.

A las cantidades que corresponda abonar, conforme a los anteriores criterios, deberán añadirse, en su caso, los correspondientes intereses de demora. Advierte el Consejo de Estado que deberá tenerse en cuenta que, “conforme a la STS de 28 de mayo de 2020 (recurso n.º 5223/2018), ‘el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicios, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto’ (artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)”.

Asimismo, en caso de que el contratista haya solicitado la indemnización por los costes de cobro, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la cual resulta aplicable a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas y la Administración.

Tras exponer lo que antecede, el Consejo de Estado concluye manifestando su preocupación por la profusión de este tipo de actuaciones irregulares, que hace muy difícil salvaguardar adecuadamente los principios de publicidad y concurrencia que deben inspirar la contratación administrativa, e instando a las Administraciones públicas a adoptar las medidas necesarias que eviten la continuación y repetición de tales conductas:

“A modo de conclusión, el Consejo de Estado no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por una deficiente preparación de la documentación que ha de regir la licitación, una errónea estimación de la consignación presupuestaria adecuada a las necesidades reales de la Administración o una falta de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación [o en la utilización de la contratación de emergencia, de los contratos complementarios o de las modificaciones contractuales], originan situaciones



de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual (en este sentido, dictamen del expediente número 356/2020).

El Consejo de Estado es consciente de las dificultades prácticas y jurídicas que entraña articular una justa compensación para el interesado frente a este tipo de situaciones creadas por un reprochable actuar administrativo, pero las vías procedimentales que aquí se apuntan (la responsabilidad contractual o, en los casos indicados, la declaración de nulidad) no deberían emplearse de forma recurrente por la Administración, a quien corresponde adoptar las medidas necesarias para evitar el tipo de irregularidades que se aprecian en el origen del presente expediente. Para finalizar, cabe recordar, a los efectos oportunos, que cuanto precede debe entenderse sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo (artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas”.