

La valoración de las prestaciones en la contratación verbal irregular de la Administración: valor de mercado, precio o enriquecimiento

IGNACIO CALATAYUD PRATS
Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Administrativo
CUNEF UNIVERSIDAD.
Abogado

1. Introducción

2. La liquidación del contrato nulo: restitución de prestaciones y valoración de estas

- 2.1. Nulidad de contratos y restitución. Restitución por equivalente
- 2.2. El valor de la restitución por equivalente en la nulidad: el valor de mercado

3. Contratación verbal y enriquecimiento injusto

- 3.1. Las razones prácticas por las que se acude al enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones que permite exigir la prestación realizada en la contratación verbal
- 3.2. La subsidiariedad del enriquecimiento injusto y su posible aplicación a la restitución contractual verbal. Distinción entre restitución y enriquecimiento
- 3.3. Distinción entre restitución derivada de nulidad y enriquecimiento injusto
- 3.4. La medida del enriquecimiento
- 3.5. La inexistencia del contrato como vía para justificar la acción de enriquecimiento injusto y evitar la revisión de oficio. Crítica a las leyes de las comunidades autónomas que regulan la inexistencia como cauce para el pago de las prestaciones realizadas

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Artículo recibido el 30/07/2024; aceptado el 10/09/2024.

Resumen

El estudio tiene como objetivo analizar cuál es el precio, contraprestación, valor o cuantía que se ha de satisfacer al contratista por la obra o servicio efectivamente realizado en casos de contratación verbal irregular. Un análisis de la doctrina administrativa y de la jurisprudencia pone de relieve la confusión existente a la hora de determinar el importe a abonar al contratista por las prestaciones efectivamente realizadas, lo que, sin duda alguna, da lugar a una gran inseguridad jurídica y a un aumento de la litigiosidad. En el artículo se demuestra que el importe a satisfacer al contratista varía notablemente si se acude a la liquidación derivada de un contrato nulo o si se acude al enriquecimiento injusto. Para el autor es necesaria la introducción de una legislación sustantiva en la contratación pública que regule los efectos derivados de la invalidez del contrato, regulación que se debe desmarcar de las soluciones adoptadas por el derecho civil.

Palabras clave: *contrato administrativo verbal; nulidad; invalidez; inexistencia; restitución; liquidación; enriquecimiento injusto; ahorro de gastos; modificación; prórroga.*

The valuation of services in irregular verbal contracting by the administration: market value, price or cost savings

Abstract

This article examines the valuation of work or services provided under irregular verbal contracts with public administrations, focusing on the price, value, or compensation owed to the contractor. An analysis of administrative doctrine and case law highlights the confusion surrounding the determination of compensation for services rendered, which inevitably leads to legal uncertainty and an increase in litigation. The study reveals that the compensation due to the contractor can vary significantly depending on whether it is based on the liquidation of a void contract or on the principle of unjust enrichment. The article argues for the introduction of substantive legislation in public contracting to regulate the consequences of contract invalidity, distinct from the solutions typically found in civil law.

Keywords: verbal administrative contract; nullity; invalidity; non-existence; restitution; unjust enrichment; cost savings; modification; extension.

1

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar dos cuestiones que están relacionadas entre sí: en primer lugar, cuál es el precio, contraprestación, valor o cuantía que se ha de satisfacer al contratista por la obra o servicio efectivamente realizado en casos de contratación verbal irregular, y, en segundo lugar, si es viable acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios u obras o si, por el contrario, la vía adecuada es la liquidación del contrato nulo¹.

Debemos adelantar que cuando nos referimos a contratación verbal irregular nos referimos a aquella contratación en virtud de la cual los entes del sector público sometidos a la Ley de Contratos del Sector Público solicitan y adquieren obras, suministros o servicios sin ajustarse a las normas y los procedimientos que regulan la preparación y adjudicación de contratos; en concreto, nos referimos a los siguientes supuestos: contratación menor de forma irregular (adjudicación sin ajustarse a las normas de preparación del contrato menor, fraccionamiento de contratos menores, etc.); adjudicación de un contrato acudiendo a una tramitación de emergencia sin que dicha emergencia exista; modificación contractual sin que se den los presupuestos necesarios para proceder a tal modificación; y, finalmente, prórroga de contratos una vez finalizados, para garantizar la continuidad del servicio, sin que se den los presupuestos legalmente establecidos².

Se trata de contrataciones, de actuaciones de hecho, en las que la obtención por parte de los entes del sector público de una prestación —bien sea obra, servicio o suministro— se realiza de forma casi absoluta al margen de la normativa que regula los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos. Estas contrataciones se realizan no solo prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido, sino que, además,

1. En un trabajo anterior, al que nos remitimos, hemos analizado y criticado la posibilidad de acudir a la responsabilidad patrimonial de la Administración para obtener el pago de las prestaciones realizadas en un contrato verbal irregular, en concreto en Calatayud Prats (2023a).

2. Como indica González Sanfiel (2023: 102-103): "En un mundo perfecto ninguna de estas situaciones tendría que haberse dado: se habría cumplido con la legislación de contratación pública. La Administración habría planificado adecuadamente su compra pública; habría licitado aplicando los procedimientos correspondientes; contaría con los recursos públicos para poder dar la cobertura presupuestaria adecuada a sus necesidades; antes de la extinción de los contratos de servicios, ya se había planificado la nueva contratación de los mismos; en fin, contaría con los recursos económicos, con el personal suficiente y cualificado y con las herramientas tecnológicas adecuadas para poder cumplir eficazmente con la legislación de contratación pública. Desgraciadamente, esa no es la situación en la que se encuentran todas las Administraciones públicas que no siempre cuentan con los medios necesarios ni con las plantillas, estables y cualificadas, para responder a todas esas necesidades".

se realizan en multitud de ocasiones por órgano manifiestamente incompetente, sin cumplir con la publicidad y sin que exista el crédito oportuno para el pago de la prestación efectivamente realizada³.

El problema de la contratación verbal se hace visible, con carácter general, tras la presentación por parte del contratista de las facturas una vez ha realizado efectivamente el trabajo requerido por la Administración. Así, el momento en que se detecta el problema de la contratación verbal irregular se produce, precisamente, en el ejercicio de la función interventora, cuando se fiscaliza el pago de las facturas presentadas por los contratistas por trabajos efectivamente realizados, pero sin cobertura legal⁴.

La cuestión, una vez se presenta la factura para su pago, estriba en determinar si se ha de abonar la misma o no, y, fundamentalmente, cuál es la cuantía que se ha de abonar: ¿el precio del contrato extinto pero que se ha prorrogado irregularmente?⁵; ¿el valor de mercado del servicio prorrogado?⁶; ¿el valor de mercado del contrato prorro-

3. Cfr. Pérez López (2019: 91-92).

4. Pérez López (2019: 101).

5. Este es el parecer del Dictamen del Consejo de Estado 606/2020, de fecha 21 de mayo de 2021, en un supuesto de prórroga ilegal en el que el contratista continuaba la prestación de un servicio de grúa que se había extinguido. El Consejo de Estado considera que el precio a abonar ha de ser el precio del contrato primitivo. En sus palabras:

“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 [...] 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 [...]. 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”.

6. Esta es la decisión adoptada por la Sentencia núm. 28/2021, de 26 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona (Comunidad Autónoma de Cataluña), JUR 2021\177096, cuando indica:

“Constituye el objeto del recurso, si debe declararse o no la conformidad a derecho de la reclamación efectuada por la entidad actora a que el [...] le abone la cantidad de 136.235,84 euros en concepto de las facturas correspondientes a los meses de Enero a Junio de 2017, y ello partiendo de las siguientes premisas según las posiciones de las partes en tanto que la entidad actora sostiene que la vigencia de los precios que fueron aplicados durante la vigencia del contrato entre el 1 de Enero de 2013 y 31 de Diciembre, de 2016 agotaron su vigencia con la expiración del referido plazo contractual, debiéndose aplicar los precios nuevos a partir del inicio de la prórroga forzosa del Contrato esto es desde Enero de 2017, en cambio el [...] sostiene que los precios han de ser los mismos que los vigentes durante el plazo contractual inicial al considerar que la prórroga forzosa es una mera extensión que obliga a seguir las mismas condiciones contractuales [...] Luego a partir de ese instante con la prórroga forzosa

gado menos el beneficio industrial?⁷; ¿el precio del contrato primitivo en el modificado?⁸; ¿el valor de mercado de los precios del modificado?⁹; ¿el valor de mercado del modificado verbal irregular menos el beneficio industrial?¹⁰;

debían de haberse actualizado los precios en base a las nuevas prestaciones generadas por la misma como así, mantuvo el perito [...] quien se ratificó en el informe aportado en las actuaciones y que de manera gráfica concluyó que había sido un suicidio empresarial porque la empresa cobraba con precios de 2013 y pagaba con precios de 2017 en suma debía de haberse actualizado los precios en base a los valores reales del mercado / puesto que ni los precios ni los salarios eran los mismos en el periodo de cinco años desde el año 2013 a 2016”.

7. Este es el criterio utilizado por la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en el Dictamen 257/2022, de 14 de julio, al indicar lo siguiente:

“En definitiva, la finalidad buscada por el artículo 42.1 de la LCSP es que ambas partes vuelvan al estado anterior al encargo verbal y la realización de la prestación. Es por este motivo que debe lograrse que el contratista quede indemne mediante el abono del coste efectivo de su actuación, pero sin ir más allá, en particular, sin obtener el beneficio industrial propio de una contratación regular”.

Parte de la doctrina académica señala que del importe a abonar al contratista se debe de traer el posible beneficio industrial. Así, por ejemplo, se expresa Bauzá Martorell (2016: 97).

8. Así lo indica la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) en la Sentencia núm. 203/2015, de 10 de julio, JUR 2015\192368, cuando señala:

“No debemos olvidar, como indica el Consejo de Obras Públicas, que “por una irregularidad en la tramitación de este proyecto de obras, no puede producirse un resultado favorable para el contratista, mayor que al que habría correspondido de haberse tramitado conforme a la normativa vigente”. En consecuencia, la cantidad resultante asciende a 11.746.355,16 euros, IVA incluido, comprensiva del presupuesto de ejecución material más gastos generales y beneficio industrial, menos el coeficiente de baja, ya indicado, cantidad aceptaba por la Abogacía del Estado”.

9. Así lo señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) en su Sentencia de 21 de julio de 2000, RJ 2000\7759, al indicar que se ha de pagar el valor de mercado de la obra realizada en exceso, incluidos gastos generales y beneficio industrial:

“[...] el Ayuntamiento demandado es el responsable del exceso de obra litigioso, y, además de haber promovido su realización de manera irregular, no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma. De admitirse tal pretensión, es claro que el Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la mercantil que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación”.

10. Es el supuesto analizado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) en su Sentencia de 11 de mayo de 2004, RJ 2004\3500, cuando señala:

“Y a este respecto, como la cuestión se reduce a determinar si el contratista debía o no percibir el beneficio industrial y los intereses de las obras no incluidas en el primitivo proyecto, pero que se realizaron ante las conveniencias o necesidades surgidas en el curso de ejecución del proyecto primitivo, y que fueron ordenadas y aceptadas por la Administración sin formular reserva alguna, es claro que conforme a lo más atrás expuesto y de acuerdo con la doctrina de la sentencia citada de 28 de octubre de 1997, y con lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de la Ley de Contratos del Estado y artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación cabe reconocer al recurrente el derecho del abono del beneficio industrial y de los intereses que le correspondan.

[...] Las valoraciones anteriores obligan, a estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida y al tiempo a estimar sustancialmente el recurso contencioso administrativo, anulando las Ordenes de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía de 13 de junio de 1996, en cuanto deniegan el abono del beneficio industrial e intereses, en relación con las obras ejecutadas y no contempladas en el proyecto primitivo de ejecución de obras del denominado proyecto básico de restauración del Palacio de San Telmo, reconociendo el derecho que el recurrente tiene a que le sean abonados el beneficio industrial y los intereses del importe de tales obras no incluidas en el proyecto primitivo, y para su efectividad, en ejecución de sentencia, se realizará la oportuna liquidación a partir de la forma de pago propuesta en reso-

¿el valor de mercado del contrato verbal irregular menos el beneficio industrial?¹¹.

Cabe destacar que la casuística tanto de la doctrina administrativa (fundamentalmente Consejo de Estado, consejos consultivos de las comunidades autónomas y juntas consultivas de contratación) como de la jurisprudencia es absolutamente dispar y confusa a la hora de determinar el importe a abonar al contratista por las prestaciones efectivamente realizadas, lo que, sin duda alguna, da lugar a una gran inseguridad jurídica y a un aumento de la litigiosidad. El hecho de acudir y mezclar conceptos e instituciones distintos —como por ejemplo la restitución derivada de la liquidación del contrato nulo y el enriquecimiento injusto— para resolver el problema del pago de las prestaciones realizadas sin cobertura legal da lugar a situaciones injustas, contradictorias y, en muchos casos, contrarias a la propia LCSP.

Nuestra jurisprudencia a la hora de resolver el pago de las prestaciones efectivamente realizadas derivadas de una contratación verbal irregular utiliza los distintos conceptos y las distintas instituciones de forma poco dogmática y con falta de rigor técnico¹², pensando en dar, las más de las veces, una solución práctica y de justicia material y equidad al problema¹³, en vez de aplicar la figura jurídica adecuada que permita dar una respuesta exacta y legal al problema planteado¹⁴.

lución de 13 de junio de 1994, del Director General de Bienes Culturales, aceptada por la entidad recurrente el 30 de junio de 1994 descontando obviamente las cantidades ya percibidas”.

11. Así, por ejemplo, se expresa al Dictamen núm. 270/2002, de 23 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía, que tenía por objeto la posible declaración de nulidad de la contratación verbal realizada con diferentes empresas constructoras y mediante la cual les encomendó la realización de distintos tramos de obras con motivo de la Exposición Universal del año 1992. En dicho dictamen se señala que procede la nulidad de pleno derecho de los contratos, con la consiguiente restitución de las prestaciones, pero trayendo el beneficio industrial. En sus palabras:

“En el mismo plano de los efectos que produce la declaración de nulidad, el artículo 47 del Reglamento General de Contratación, prevé que la parte que resulte culpable indemnice a la contraria de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido. Este precepto plantea la cuestión relativa a si la violación de deberes de diligencia en la celebración del contrato puede servir de fundamento a alguna pretensión adicional a la puramente restitutoria nacida de la nulidad de los contratos, en concreto, el abono del beneficio industrial.

En este caso, la exclusión del pago del beneficio industrial deriva del hecho de que también los contratistas deben reputarse cocausantes de la nulidad, pues resulta altamente improbable que contratistas de la Administración desconozcan, por mínima que sea su diligencia, que no existe contratación verbal cuando de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata”.

12. Compartimos la idea de Umerez Argaña (2020: 462) cuando indica: “En ocasiones, sin embargo, se enredan los distintos conceptos y, al igual que sucede con los órganos consultivos y tribunales, se confunde la fuente de la obligación de pago con el procedimiento a seguir para su reconocimiento”.

En términos similares se expresa Menéndez Sebastián (2020: 107), al afirmar: “Como ya se ha apuntado, no parece haber unanimidad ni entre la doctrina, la jurisprudencia y la doctrina administrativa de los órganos consultivos, ni en las propias normas, en cuanto a qué institución da cobertura al pago de las prestaciones ejecutadas a favor del ‘contratista’, aunque bien es cierto que en torno a que dicho pago debe efectuarse sí que hay cierta avenencia”.

13. En el mismo sentido se expresan Blanco y Busquets (2024).

14. Vid. De Vicente González (2005: 415).

Pues bien, a la hora de determinar el importe a abonar al contratista resulta del todo fundamental determinar previamente la fuente de la obligación de pago, esto es, de donde nace el derecho de crédito del contratista que ha realizado efectivamente su prestación, debiendo advertir y anticipar que el contenido e importe del derecho de crédito del contratista no es el mismo si el crédito deriva de la liquidación de un contrato nulo que si consideramos que el derecho del contratista deriva del enriquecimiento injusto del ente del sector público que ha realizado el contrato verbal irregular y percibido la prestación.

Podemos afirmar que no es ni mucho menos indiferente determinar el importe de la prestación efectivamente realizada acudiendo a una vía u otra, no siendo equivalentes los distintos cauces que por parte de los operadores jurídicos se están empleando para resolver las peticiones de pago de prestaciones efectivamente realizadas al margen de las normas de preparación y adjudicación de los contratos.

No podemos, de ningún modo, compartir aquella posición doctrinal y jurisprudencial que confunde y mezcla los conceptos, las normas y los principios que rigen la restitución de las prestaciones derivadas de la liquidación del contrato nulo con el principio de enriquecimiento injusto¹⁵ o con la indemnización y la tutela resarcitoria¹⁶, ni que considera que con la aplicación

15. Un ejemplo de confusión de conceptos lo encontramos en la reciente Sentencia núm. 722/2022, de 13 de junio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), RJ 2022\4262, en la que se mezclan sin rigor la restitución derivada de la liquidación de un contrato nulo, la indemnización y el enriquecimiento injusto. En sus palabras:

“En el supuesto examinado en este recurso, en el que la Administración siguió un 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 el artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para los casos en los que el Director facultativo de la obra considere necesaria la modificación del proyecto, la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, 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”.

Dicha confusión lleva años produciéndose, como se desprende de la Sentencia de 9 de febrero de 1979 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), RJ 1979\907, cuando indica:

“[...] aunque ciertamente el contrato merecía ser conceptuado como radicalmente nulo al faltar al mismo toda formalidad legitimadora de la forma del concierto directo en que tuvo lugar, puesto que ninguno de los trámites de excepción de licitación del art. 42-3 del Reglamento de Contratación (RCL 1953\1054 y NDL 22515) se cumplieron, también es cierto que se hallaba en avanzada ejecución por ambas partes lo estipulado y en consecuencia a la situación de hecho es de aplicar, junto a la doctrina de la nulidad radical citada, la que asimismo ha formulado repetidamente la Jurisprudencia de esta Sala -v. gr. SS. de 22 enero 1975 (RJ 1975\8) y 21 abril 1976 (RJ 1976\2346)- o sea la de que en esos casos el principio del enriquecimiento sin causa determina, pese a la invalidez del contrato, la obligación de indemnizar”.

16. Véase Calatayud Prats (2023b), donde indicamos: “en numerosos casos, la restitución de las prestaciones con sus frutos derivada de la invalidez satisfará completamente a las partes, en ocasiones la restitución (contratos no ejecutados o ejecutados parcialmente) puede no elimi-

del principio de enriquecimiento injusto se llega al mismo resultado que con la liquidación derivada de la nulidad, pero evitando la complejidad del cauce formal de la revisión de oficio.

En efecto, la seguridad jurídica constituye un mandato constitucional y un valor jurídico de primer orden. Precisamente, el derecho se orienta a la construcción de sistemas estables, determinados y previsibles, que permitan garantizar la seguridad jurídica. Las exigencias del principio de seguridad jurídica están directamente conectadas con la construcción conceptual. Esto es así porque los conceptos cumplen naturalmente una función de estabilización de la realidad (al igual que la propia dogmática jurídica) que cobra una especial trascendencia en el ámbito jurídico. Los conceptos son útiles en la medida en que logran cierta continuidad en su capacidad para ordenar, dirigir o explicar la realidad. Junto a la estabilidad, la certeza es otro de los valores más importantes del derecho ligado a la seguridad jurídica. La proyección de las exigencias de la certeza sobre la formación conceptual exige que los conceptos tengan un significado claro y unívoco. Por esa razón es preciso garantizar su capacidad para delimitar realidades diversas. Esta exigencia se proyecta especialmente sobre los conceptos jurídicos tradicionales, encaminados a clasificar y ordenar la realidad para anudar determinadas consecuencias jurídicas¹⁷.

El objetivo de este artículo no es otro que el de poner de manifiesto cómo el importe o cuantía que ha de abonar la entidad del sector público que ha realizado el contrato irregular varía notablemente en función de la fuente de obligación, siendo distintos la cuantía y los presupuestos que dan lugar a misma si se aplica la restitución derivada de la liquidación del contrato nulo que si se aplica el enriquecimiento injusto.

Sin duda alguna, el importe a abonar al contratista en los contratos verbales —reiteramos— va a variar en función de la acción o fuente genera-

nar todo el daño causado. De este modo, mientras que la obligación de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato, reconstruyendo y restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante que actúa con negligencia o dolo ha causado, con ocasión del contrato, a la parte perjudicada. Precisamente la acción de resarcimiento y la solicitud de indemnización va a tener como objetivo cubrir aquellos importes económicos (daños) que no se ven resueltos con la restitución de las prestaciones”.

17. Cfr. Díez Sastre (2018: 58-59). Tal y como señala la autora, en las pp. 118, 123, 124, 171 y 172: “la función principal de los conceptos jurídicos es la clasificación y la prescripción, esto es, la anudación de consecuencias jurídicas. Es necesario conocer con precisión cuales son los atributos o notas definitorias que componen la definición del concepto. La formación o elaboración de conceptos consiste habitualmente en un proceso de selección de sus atributos que conforman la intensión del concepto. Esto supone elegir ciertos aspectos de la realidad y rechazar otros. La herramienta utilizada para llevar a cabo esta tarea es la abstracción. La determinación de los atributos es esencial para determinar cuando se producirán o no ciertos efectos jurídicos”.

dora del derecho utilizada. Cada una de las acciones utilizadas, cada una de las instituciones confundidas, lleva a una medida de la obligación distinta, incluso con un sentido diferente: restitutorio, enriquecimiento, resarcitorio¹⁸.

Ya adelantamos que la vía correcta para la restitución de las prestaciones realizadas derivadas de la contratación verbal irregular es la liquidación del contrato nulo, a través de la revisión de oficio, y ello porque es la vía establecida expresamente en el artículo 42 de la LCSP y porque a través de la misma es posible realizar un reproche externo a la actuación ilegal de la Administración; por el contrario, el enriquecimiento injusto como fuente de la obligación que permite la restitución de las prestaciones es una acción subsidiaria y residual solo empleable en nuestro ordenamiento jurídico cuando no existen otras acciones, acción que, además, impide o no lleva insito el reproche a la conducta ilegal de la Administración.

Cuestión distinta es, como vamos a comprobar, que las soluciones a las que se llega con la aplicación de la Ley no gusten o no se adecuen a los intereses de la Administración, en cuyo caso lo que debe hacerse es un cambio normativo por parte del legislador estatal y no, por el contrario, inaplicar la Ley y acudir a otras instituciones que permiten alcanzar los resultados queridos, pero que difieren de los legalmente establecidos.

2

La liquidación del contrato nulo: restitución de prestaciones y valoración de estas

2.1

Nulidad de contratos y restitución. Restitución por equivalente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la LCSP, las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente¹⁹. De este modo, con

18. Como señala Rebollo Puig (1995: 178-180), con su habitual lucidez, la determinación del enriquecimiento, valor de la prestación, precio del contrato nulo o indemnización puede que varíe en función de la vía empleada para exigir la prestación realizada de un contrato verbal.

19. Dicho art. 37, que lleva por título: "Carácter formal de la contratación del sector público", señala:

1. 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.

2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118.

3. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas cuando sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44 deberán formalizarse en los plazos establecidos en el artículo 153".

carácter general, incurren en causas de nulidad de pleno derecho aquellos supuestos en los que por parte del sector público se acude a una contratación menor sin seguir procedimiento alguno (adjudicación sin ajustarse a las normas de preparación del contrato menor, fraccionamiento ilícito de contratos menores, etc.); igualmente, incurren en casusa de nulidad aquellos otros supuestos en los que se lleva a cabo la adjudicación de un contrato acudiendo a una tramitación de emergencia sin que dicha emergencia exista, o los supuestos en los que se lleva a cabo una modificación contractual sin que se den los presupuestos necesarios para proceder a tal modificación, o, finalmente, aquellos supuestos de prórroga de contratos una vez finalizado el contrato para garantizar la continuidad de la prestación sin que se den los presupuestos legalmente establecidos.

En todos estos supuestos el contrato es nulo²⁰, bien por haberse realizado la adjudicación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, bien por haberse realizado la adjudicación por órgano manifiestamente incompetente (ejecución de obras, suministros o servicios, efectivamente realizado y entregado a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra), bien por carencia o insuficiencia de crédito (la obtención por parte de la Administración o de sus entes de una prestación implica la existencia de un gasto para cuya atención no existe el crédito oportuno, como consecuencia lógica de la ausencia de procedimiento), bien por falta de publicación del anuncio de licitación.

Los efectos derivados de la nulidad de los contratos del sector público vienen recogidos en el actual artículo 42.1 de la LCSP, el cual dispone:

“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

20. De conformidad con lo dispuesto en el art. 39 de la LCSP:

1. 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.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicatarios en los que concurra alguna de las causas siguientes: [...]

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”.

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

Cabe señalar que la regulación del actual artículo 42 de la LCSP no es sino un trasunto de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil (CC) y que regulan los efectos de la nulidad de los contratos.

En este sentido el artículo 1303 señala lo siguiente:

“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1307: “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”.

De acuerdo con la teoría general de la invalidez, el contrato nulo “no vale”, no siendo idóneo para dar vida a los efectos que el derecho reconoce a los contratos válidos. Sin embargo, el contrato nulo se ha realizado instalándose en el mundo de la realidad jurídica en contra del deber ser. De este modo, cuando el negocio inválido ha producido una mutación, un cambio en la realidad, en definitiva, los efectos propios del contrato si hubiera sido válido, hay que destruir esos efectos.

La nulidad de un contrato tiene aparejados una serie de consecuencias o efectos, el efecto destructivo que consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto, y el efecto reconstructivo o restitutorio que consiste en obligar a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado.

Precisamente, cuando tiene lugar una situación contraria al ordenamiento jurídico surge una exigencia básica de restablecimiento de la legalidad que es consustancial a la idea de Estado de derecho. Este tipo de tutela es denominada tutela restitutoria, porque tiene como objetivo restituir o reintegrar una posición jurídica violada o, en general, el ordenamiento jurídico vulnerado; de este modo, la situación creada por una actuación contraria a derecho se debe eliminar para restablecer las cosas a su situación originaria —es la denominada *restitutio in integrum*—. Por ello la tutela restitutoria o tutela primaria tiene por finalidad eliminar situaciones de hecho ya producidas que no se corresponden con el derecho a través del restablecimiento del estado de cosas anterior a la vulneración del ordenamiento, el *statu quo ante*²¹.

21. Cfr. Díez Sastre (2012: 73-74).

El efecto típico de la nulidad es la obligación de restitución²². De este modo, la nulidad no solo tiene como consecuencia el que las partes no tengan el deber jurídico de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, sino que en el caso de que todas o parte de las obligaciones derivadas del contrato se hayan cumplido es preciso deshacer lo hecho, restablecer la situación primitiva, mediante la devolución o restitución de lo entregado, para que todo vuelva a quedar como si el contrato no se hubiera realizado jamás.

Por ello, cuando un contrato es declarado inválido, ya sea por una causa de nulidad o de anulabilidad, las partes están obligadas a restituir las prestaciones realizadas —y si no fuera posible la restitución *in natura*, su valor— con sus frutos e intereses a contar desde el momento de la realización de la prestación; ambas, por tanto, tienen carácter retroactivo.

En consecuencia, y en principio, declarada la nulidad de los actos de preparación y adjudicación y, por tanto, del contrato, quedan —ya sea por nulidad o por anulabilidad— sin soporte jurídico todas las prestaciones y consecuencias que han tenido causa del acto declarado inválido. Las partes deben así ser restituidas al estado anterior al que se encontraban a la entrada de vigencia del acto de adjudicación.

De este modo, si se entregó una cosa determinada ha de restituirse o reintegrarse el mismo objeto que se recibió, en el estado en que se encuentre, haya mejorado o se haya deteriorado. En principio, por tanto, procede la restitución *in natura*.

Muchas veces, sin embargo, las prestaciones intercambiadas no pueden restituirse *in natura*. Cuando la restitución física de la cosa no resulta posible, el sistema restitutorio “primario” (art. 1303 CC) se “conforma” con una restitución “secundaria”, inspirada por los mismos principios (integridad y reciprocidad) y que, como regla general, impone una restitución del valor de la cosa.

En efecto, en aquellos supuestos en los que la declaración de nulidad se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible —como sería el caso del contrato de obra a la Administración (pues dicha obra es propiedad de la Administración, dominio público, generalmente, y es, por tanto, inalienable), y como sería el caso de los servicios (pues una vez los mismos han

22. Como indica Santamaría Pastor (2004: 395), la restitución recíproca de las prestaciones constituye el más clásico de los efectos de la invalidez, “debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”.

sido prestados no es posible su restitución)—, tal y como señala el artículo 42 de la LCSP, se devolverá el valor de la prestación.

En estos supuestos, precisamente, ante la imposibilidad de restituir la prestación, la misma se transforma en la obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida²³.

La cuestión que debemos resolver y que es objeto de este artículo es, precisamente, cuál es el valor de la prestación.

2.2

El valor de la restitución por equivalente en la nulidad: el valor de mercado

Tal y como hemos visto al inicio del artículo, un sector de la doctrina académica y de la doctrina administrativa considera que el valor de la prestación que se ha de restituir en los supuestos en que no es posible la restitución *in natura* es el precio primitivo del contrato (modificados y prórrogas ilegales) o los costes efectivos en que haya incurrido el contratista, pero no los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado (como es el beneficio industrial que se entiende improcedente), dado que, al ser los contratos nulos, no producen o no pueden producir los efectos económicos propios del contrato válido.

Del mismo modo, en muchos dictámenes del Consejo de Estado y de consejos consultivos se tiene en cuenta la buena o mala fe del contratista a la hora de cuantificar la medida de la restitución, y se considera que, si la empresa no fue ajena a la irregularidad detectada, el valor a entregar al contratista se calculará detrayendo del precio el beneficio industrial que aquella esperaba obtener.

En definitiva, en muchas resoluciones se considera que se debe pagar el precio del contrato primitivo o el precio del contrato primitivo menos el beneficio industrial, o el valor de mercado menos el beneficio industrial, etc.

Debemos señalar, sin embargo, que dichas consideraciones son erróneas desde un punto de vista legal y dogmático, y que el valor que la Administración o los entes del sector público han de restituir a los contratistas no es ni el precio del contrato (ya sea el precio del contrato verbal

23. Tal y como expresa Ruiz Arranz (2023: 389-392): "Cuando la restitución *física* de la cosa no resulta posible, el sistema restitutorio *primario* (arts. 1303 y 1295 I CC) se «conforma» con una restitución *secundaria*, inspirada por los mismos principios (integridad y reciprocidad) y que, como regla general, impone una restitución del valor de la cosa (arts. 1307 y 1488 CC)".

ilegal o el precio de adjudicación del contrato original en las modificaciones o prórrogas) ni el precio menos el beneficio industrial, sino que se ha de restituir el valor de mercado de la obra, suministro o servicio irrestituible²⁴.

Del mismo modo, como vamos a comprobar, la restitución es una consecuencia derivada de la nulidad independientemente de la conducta que hayan podido tener las partes en relación con la causa de nulidad, en nuestro caso, con la participación en la preparación y adjudicación del contrato, de forma que la buena o mala fe de las partes no influye de ninguna manera en la obligación de restitución ni en la medida de la misma²⁵.

Como indica la doctrina civilista que estudia la restitución en la nulidad de los contratos civiles (preceptos que son el trasunto del artículo 42 de la LCSP), buscar minorar la restitución derivada del contrato nulo en virtud de quien sea la parte responsable o culpable del fracaso del contrato resulta incompatible con el fundamento y los efectos de la nulidad, que no son otros que el regreso al *statu quo ante* que se alcanza a través de la *restitutio in integrum* recíproca. La restitución no tiene como objetivo depurar ninguna responsabilidad derivada del fracaso del contrato, para lo cual existen otros remedios (la indemnización de daños y perjuicios imputable a la parte culpable) que pueden acompañar a la restitución. La restitución es simplemente la consecuencia de la deconstrucción y reconstrucción de la realidad alterada por un contrato nulo; y por eso, porque su función ha de ser dejar a las partes en la situación en que deberían haber estado de no haberse producido y llevado a efecto el contrato declarado nulo, es por lo que debe ser “tan neutra como el contrato que la precede y de cuya ordenación de intereses se nutre la relación obligatoria restitutoria”²⁶. En definitiva, ni la buena fe genera un derecho a no restituir o a restituir en menor medida ni la mala fe impide exigir en su totalidad la restitución de la prestación realizada.

Por lo que respecta al valor de la prestación, hay que señalar que la doctrina civil considera que el valor a restituir es el valor de mercado del

24. Qué duda cabe que ante la prestación de un servicio o la realización de una obra de calidad inferior a lo contratado verbalmente solo debe restituirse el valor de la obra o del servicio efectivamente realizado, y si es de inferior calidad al que se contrató se deberá pagar un precio inferior al de mercado. Cfr. Alonso Pérez (2007: 1015-1016).

25. Vid. Calatayud Prats (2023a: 218-230).

26. Así lo indica Basozabal Arrue (1998: 214-221). Igualmente se expresa Ruiz Arranz (2023: 378-379).

mismo en el momento de la pérdida y no, por el contrario, el que las partes hubieran podido fijar en el contrato²⁷.

Cabe señalar que tanto los artículos 1307 y 1488 CC como el artículo 42 de la LCSP son claros en cuanto a que lo que se restituye es el valor objetivo de la cosa y no el precio del contrato declarado nulo²⁸.

De hecho, tanto en el caso del Código Civil como en el de la LCSP, cuando lo que quieren que se restituya es, bien el enriquecimiento²⁹, bien el precio del contrato, lo indican expresamente.

Así, la LCSP, en su artículo 307, apartado 1³⁰ —que regula los efectos de la resolución contractual—, establece que la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

Es decir, cuando la LCSP quiere que la Administración restituya el precio, como en los casos de resolución contractual, y no el valor de mercado, como en los casos de nulidad, lo señala expresamente.

Del mismo modo, la LCSP, de forma expresa, diferencia entre el valor de mercado del contrato y el precio del contrato; así, distingue claramente entre el presupuesto base de licitación del contrato regulado en el artículo

27. Así lo entienden Delgado y Parra (2005: 256), cuando indican: “salvo disposición distinta del legislador, mas adecuado es entender obligada la restitución de las prestaciones mediante el pago de valor en dinero, calculado, no de acuerdo con la contraprestación pactada, sino según apreciación objetiva”. En el mismo sentido se manifiesta Ruiz Arranz (2023: 467) al señalar: “El valor de la cosa se cifra objetivamente y se contrapone, por hipótesis, al precio del contrato”. Igualmente lo señala Alonso Pérez (2007: 1009), si bien critica dicho posicionamiento, no estando de acuerdo con el mismo.

28. *Vid.* Basozabal Arrue (2022: 71).

Igualmente se expresa Soler Presas (2018: 1239), cuando indica: “En la mayoría de los sistemas que permiten esta restitución por valor, éste ha de cifrarse objetivamente. El nuestro no es una excepción, afortunadamente, pues nada aconseja vincular esa referencia legislativa al ‘valor’ con el precio pactado; ni mucho menos con el concreto enriquecimiento obtenido por el obligado a la restitución. Es desde luego un valor objetivo en caso de nulidad del contrato, pues esta –la nulidad– afecta también al pacto sobre el precio”.

29. La restitución del enriquecimiento (o mejor dicho la utilidad) en caso de nulidad se regula en el art. 1304 CC para los supuestos de contrato realizado por un menor o persona con discapacidad, en el que se señala que cuando no sea posible la restitución *in natura* se ha de restituir, no el valor de la prestación, sino en cuanto se enriqueció. En concreto, el art. 1304 señala: “Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conecedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

30. El art. 307 establece: “1. La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad”.

100 de la LCSP³¹, que deberá adecuarse a los valores o precios de mercado³², y el precio del contrato adjudicado³³, que normalmente se adjudicará con una baja y que puede estar condicionado al cumplimiento de una serie de objetivos de calidad³⁴.

Igualmente, y como no puede ser de otro modo, la LCSP regula en el artículo 242.2 las modificaciones del contrato de obras que lleven aparejadas nuevas unidades, obligando a pactar nuevos precios contradictorios con el contratista que se adecúen, obviamente, a los de mercado, para evitar desequilibrios, desechando, de este modo, los precios primitivos³⁵. Por tanto, podemos considerar que, si la LCSP obliga a pactar nuevos precios en las modificaciones que incluyan unidades no previstas, dicha obligación también ha de regir en las modificaciones realizadas irregularmente.

31. De conformidad con lo dispuesto en el art. 100, que regula el presupuesto base de licitación:

1. A los efectos de esta Ley, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario.

2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

32. Como indica la Resolución 23/2018, de 12 de enero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: “La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa”.

33. Como señala Gris González (2019: 147), “el presupuesto base de licitación no es la retribución del contratista, por lo que no es procedente, con carácter general, examinar las partidas presupuestadas –y desglosadas– del mismo para reclamar, en fase de liquidación contractual, el valor estimativo de cada una de ellas, pues la Administración a lo que viene obligada es al abono de la prestación realmente ejecutada con arreglo al precio convenido, no con arreglo al presupuesto de licitación inicial”.

34. El art. 102, apdos. 1 y 6, LCSP, que regula el precio del contrato, señala: “1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado [...] 6. Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso”.

35. De conformidad con el art. 242.2 LCSP: “Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley”.

En definitiva, la LCSP establece que en supuestos de nulidad contractual la contraprestación realizada por el contratista se debe valorar a precios de mercado, que por supuesto incluyen el beneficio industrial³⁶, y no, por el contrario, a los precios convenidos en el contrato.

De este modo, si la cosa entregada, la obra realizada o el servicio prestado irrestituible valía más que el precio originario del contrato, saldrá perjudicada la parte que recibió la cosa o el servicio irrestituible³⁷, en nuestro caso la Administración. Por el contrario, si la cosa entregada, la obra realizada o el servicio prestado irrestituible valía menos que el precio originario del contrato, saldrá perjudicada la parte que entregó la cosa o el servicio irrestituible, en nuestro caso el contratista.

Así, por ejemplo, en el caso de que B (contratista) realice a A (Administración) una obra por un precio de 100 unidades monetarias, si después de la ejecución el contrato se declara nulo y no es posible la restitución de la prestación, A tendrá que restituir el valor de la obra y B las 100 unidades monetarias recibidas. De este modo, si el valor de mercado de la obra es de 150 unidades, A se verá perjudicada, pues tendrá que reintegrar 150. Por el contrario, si el valor de mercado de la obra es de 75 unidades monetarias, A se verá beneficiada, pues recibe 100 y restituye 75³⁸.

36. Estamos, pues, de acuerdo con Menéndez Sebastián (2020: 112), cuando afirma: "En efecto, una de las cuestiones más dudosas a mi juicio de este tema es si debe detraerse el beneficio industrial o no al contratista, algo en que tampoco existe unanimidad, ni mucho menos, entre los órganos consultivos. A este respecto, en primer lugar, es preciso recordar que cuando se habla de la restitución o el pago de lo realizado no se refiere, como he dicho, al pago del precio, sino al valor –entendiendo que en el mercado–, pues no debe olvidarse que a ese aspecto aluden también las normas de carácter presupuestario analizadas; cuestión dudosa es si ese valor de mercado incluye o no el beneficio industrial, lo que parece lógico. Sin olvidar que en cuanto a dicho concepto la LCSP lo ha incluido como gran novedad en el artículo 101.2, al regular el valor estimado del contrato, pero sin concretar nada más".

37. Como indica López Beltrán de Heredia (1995: 65-66), en el caso de la nulidad es más adecuado "entender obligada la restitución de las prestaciones irrestituibles in natura mediante el pago de su valor en dinero, según apreciación objetiva y no conforme a la contraprestación pactada, con apoyo en el art. 1307 CC (por analogía) [...] En tal caso, el Juez no quedará vinculado por las estipulaciones contractuales y podrá calcular el valor de las indemnizaciones sobre bases distintas a la pactadas por las partes. Aunque fuera así, cuando ambos contratantes queden obligados a la devolución recíproca, también se producirá la compensación, al menos parcial, entre lo prestado y lo recibido. Solo resultará obligado a devolver uno de los contratantes: aquel que recibió una prestación cuyo valor objetivo sea superior al valor objetivo de la prestación que por su parte ejecutó, quedando obligado a restituir la suma de dinero equivalente al exceso de valor de la prestación recibida".

38. Lo expone con toda claridad el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en su Sentencia núm. 824/2011, de 15 de noviembre, RJ 2012\755. Dicha sentencia tiene por objeto la nulidad de la donación de un inmueble, al ser una donación encubierta y por no cumplir los requisitos de forma *ad solemnitatem*. En el caso concreto, el donatario había procedido a la venta del inmueble, razón por la cual no cabía la restitución *in natura*. La cuestión estriba en determinar la cantidad a devolver por equivalente; en concreto, si la cantidad a devolver era el precio obtenido por el donante en la compraventa fijado en escritura pública o, por el contrario, el valor de mercado del inmueble. La sentencia señala que es el valor de mercado del inmueble, y ello con la siguiente argumentación: "Dice la sentencia de la Audiencia, con cita de la sen-

Del mismo modo, en el supuesto de que A contrate a B un servicio por un precio de 100 unidades monetarias, si después de la recepción el contrato se declara nulo, dado que la restitución del servicio es imposible, A tendrá que restituir el valor del servicio. De este modo, si el valor de mercado del servicio es de 175 unidades, A se verá perjudicada, pues tendrá que reintegrar 175 y recibir solo 100. Por el contrario, si el valor de mercado del servicio es de 55 unidades, A se verá beneficiada, al recibir 100 y restituir 55 unidades³⁹.

El que la norma acuda en la restitución de las prestaciones en caso de nulidad al valor de mercado (valor objetivo) y no al precio pactado por las partes (valor subjetivo) —como ocurre en la resolución— tiene su razón de ser en que mientras que en la resolución el contrato es válido, pero se extingue por

tencia de esta Sala núm. 81/2003 de 11 febrero (RJ 2003, 1004), que 'resulta incuestionable que el bien debe restituirse *in natura*, es decir el mismo que fue objeto de la transmisión inválida (S 6 Oct. 1994 (RJ 1994, 7459)), pero puede ocurrir que ello no sea posible por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de acudirse a la aplicación del art. 1307 CC , cuya normativa rige también para la nulidad radical (no sólo la relativa) y que igualmente que sucede con el art. 1303 es aplicable de oficio como efecto *ex lege*'. A ello añade que el valor del inmueble debe calcularse a la fecha en que se produjo el acto transmisivo, pero precisa que 'el precio será el consignado en la escritura, pues lo cierto es que el mismo es tan solo ligeramente inferior al consignado en el dictamen pericial, y no consta que se hubiese escriturado por precio notoriamente inferior al de mercado, teniéndose en cuenta que como se manifiesta en el recurso la venta se hizo con premura, con el designio de evitar la anotación preventiva de la demanda y por otra parte no cabe en los casos de sustitución de las cosas o su equivalente incurrir en enriquecimiento injusto el que se produciría si efectivamente se pagara un precio superior al percibido realmente'. Dicha conclusión no puede ser compartida y en tal sentido el recurso de los demandantes ha de prosperar. El artículo 1.307 del Código Civil establece que 'siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió , con los intereses desde la misma fecha' y de tal dicción se desprende con claridad que ha de atenderse al valor de la cosa en el momento de su pérdida jurídica para quienes tenían derecho a ella por resultar irrevindicable, ello sin perjuicio de la cantidad que los que dispusieron indebidamente de ella fijaron como precio para su enajenación, sin que en tal caso pueda entenderse producido enriquecimiento alguno de carácter injusto por parte de quienes resultaron ajenos a dicho negocio de compraventa para el que se pudo fijar un precio inferior al verdadero valor de la cosa sin intervención de todos los interesados".

39. Así lo expresa, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Civil), de 11 de enero de 2002, JUR 2002/95982, que, en su fundamento jurídico sexto, coincide con las opiniones que la doctrina mayoritaria mantiene al respecto: "SEXTO: Como consecuencia de la declaración de nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses (art. 1.303 del Código Civil). En el caso de autos, es posible, por la naturaleza fungible de la prestación, la devolución del precio que recibió el demandado (642.065 ptas.). No sucede lo mismo con los servicios prestados por el demandado, pues el *facere* no es nunca restituible, razón por la cual debe ser transformado en equivalente pecuniario, y debe serlo, no con arreglo a las bases del contrato (que por nulo es inexistente), sino según valor de mercado. En este sentido, considerando que la suma minutada por el demandado, en tanto que visada por el Colegio de Aparejadores, se corresponde con el valor de los servicios que se presentaron a aprobación y visado de ese colegio (redacción del proyecto aportado con la demanda, y dirección de las obras de ese proyecto); y considerando igualmente que dicho proyecto fue útil para la ejecución de las obras menores que en él se describían, y que dichas obras fueron realmente ejecutadas y dirigidas por el demandado, debemos cifrar en 642.065 pesetas el equivalente económico de los servicios útiles que el demandado prestó al demandante".

incumplimiento, en la nulidad el contrato es inválido y, por tanto, el precio que las partes pudieran haber pactado no ha de ser tenido en cuenta en la restitución, sin perjuicio de que el precio pueda servir de referencia o como indicador del valor objetivo, esto es, como un elemento probatorio del valor de mercado.

Del mismo modo, acudir en la restitución, derivada de nulidad de la contratación verbal, al valor objetivo de mercado tiene la ventaja de evitar que la Administración tenga que abonar el precio acordado por las partes cuando este sea superior al valor de mercado de la prestación⁴⁰, tratándose de una cautela frente a conductas que traten de facturar a la Administración mediante contratos verbales por encima de los precios de mercado.

Precisamente, la Instrucción 5.ª de la Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado, y el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, ejemplos de la peor confusión conceptual, y que regulan las consecuencias de la omisión de la función interventora, omisión que se produce en los supuestos de contratación verbal irregular, consideran que la Intervención en su informe debe proponer la revisión de oficio cuando el valor de mercado sea inferior a la factura presentada por el contratista, señalando dicho precepto, por el contrario, que en caso de que el precio de la factura sea inferior al de mercado (si bien lo habitual, aunque no siempre, es que factura y valor de mercado coincidan, pues el contratista tratará de facturar el valor de mercado de la prestación en los contratos verbales) no se lleve a cabo la revisión de oficio, por razones de economía procesal⁴¹.

40. Como indica Pérez López (2019: 120-122): "Debe evitarse frivolar sobre la cuestión interpretando que si existiera causa de nulidad de pleno derecho en contratación, daría igual, porque el importe consignado en la factura correspondiente ha de pagarse de todos modos [...] Parece razonable, por lo expuesto, que se calcule en debida forma la liquidación que debe corresponder a los contratos nulos, no dando en ningún momento por hecho que el importe a abonar por la prestación recibida será aquel consignado por el contratista en su factura", si bien luego la autora propone descontar el beneficio industrial.

41. En concreto, el art. 28 indica:

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

2. Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniéndose este informe a las actuaciones, pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan.

En los casos de que la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno, el Presidente de la Entidad Local deberá someter a decisión del Pleno si continua el procedimiento y las demás actuaciones que, en su caso, procedan.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, se incluirá en la relación referida en los apartados 6 y 7 del artículo 15 de este Reglamento y pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

Precisamente, el que la Administración tenga que abonar el valor de mercado y no el precio fijado por las partes en el contrato da lugar a que en aquellos supuestos en los que el precio es inferior al valor de mercado la Administración tenga que abonar un mayor importe, hecho que, sin duda alguna, debería desincentivar a la Administración a llevar a cabo una contratación verbal.

Pero es más, si en vez de acudir al valor de mercado se acude al precio y se descuenta del mismo el beneficio industrial, como muchas resoluciones del Consejo de Estado y de los consejos consultivos defienden, se estaría incentivando la contratación verbal irregular —como en cierto modo ocurre—, y ello porque la parte garante de los procedimientos, que no es otra que la Administración, se estaría beneficiando de su propio incumplimiento de modo tal que le resultaría más ventajoso acudir a una contratación ilegal que a una contratación conforme al procedimiento establecido⁴².

a) Descripción detallada del gasto, con inclusión de todos los datos necesarios para su identificación, haciendo constar, al menos, el órgano gestor, el objeto del gasto, el importe, la naturaleza jurídica, la fecha de realización, el concepto presupuestario y ejercicio económico al que se imputa.

b) Exposición de los incumplimientos normativos que, a juicio del interventor informante, se produjeron en el momento en que se adoptó el acto con omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa, enunciando expresamente los preceptos legales infringidos.

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

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

3. En los municipios de gran población corresponderá al órgano titular del departamento o de la concejalía de área al que pertenezca el órgano responsable de la tramitación del expediente o al que esté adscrito el organismo autónomo, sin que dicha competencia pueda ser objeto de delegación, acordar, en su caso, el sometimiento del asunto a la Junta de Gobierno Local para que adopte la resolución procedente.

4. El acuerdo favorable del Presidente, del Pleno o de la Junta de Gobierno Local no eximirá de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar”.

42. Como indica Codina García-Andrade (2019: 262-263), “todo análisis debe partir de situar al poder público como sujeto central encargado de velar por la legalidad del procedimiento. Es el protagonista principal de dar cumplimiento al principio de legalidad [...] el poder público es quien tiene la decisión última respecto a la modificación del contrato ya sea porque puede imponer la modificación o porque puede no acordarla. Un motivo de práctica administrativa y seguridad jurídica: no compensar a los contratistas por los trabajos realizados incentivaría a que el poder público realizase modificaciones irregulares y después negase la compensación de los trabajos sobre la base de una posible nulidad de dicha modificación”.

En definitiva, en la regulación de la restitución, tanto de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil como del artículo 42 de la LCSP, cada parte asume el riesgo de que la prestación realizada (y que se recupera mediante la restitución) valga menos que lo recibido, así como el riesgo de que la prestación recibida (y que se tiene que devolver con la restitución) valga más en comparación con la prestación realizada.

Ahora bien, somos conscientes, al igual que la doctrina académica y administrativa, de que aplicar el valor de mercado también supone desventajas: la primera y más importante es que en aquellos casos en que el valor sea mayor que el precio del contrato el abono se hace con cargo al erario público —pago que, quizá, habría sido inferior a la cantidad que se habría satisfecho con una licitación pública—, y, en segundo lugar, que los contratistas pueden obtener el mismo o mayor rendimiento que el que obtendrían en una contratación regular sabiendo, además y en muchas ocasiones, que dicha contratación es irregular. No obstante, para evitar estas desventajas lo procedente es una reforma legal que mitigue o module la medida de la restitución, no siendo viable una interpretación creativa contraria a la Ley.

El problema de fondo, y del que deriva el problema, es que la LCSP copia en el artículo 42 las soluciones aportadas por el derecho civil en los artículos 1303 y 1307 a los efectos derivados de la invalidez de los contratos, y seguramente las necesidades y los intereses que representan las Administraciones públicas y los entes del sector público y, sobre todo, la garantía y tutela de los fondos públicos exigen una sustantividad propia en la regulación de los efectos derivados de la invalidez del contrato.

La ausencia de dicha norma ha dado lugar a que se acuda al empleo de otras instituciones carentes de regulación expresa, pero que, sin embargo, permiten una mejor satisfacción de los objetivos de la Administración: nos referimos al enriquecimiento injusto.

3

Contratación verbal y enriquecimiento injusto

3.1

Las razones prácticas por las que se acude al enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones que permite exigir la prestación realizada en la contratación verbal

Podemos afirmar que el que se acuda al enriquecimiento injusto para llevar a cabo el pago de las prestaciones realizadas por los contratistas en contra-

tos verbales irregulares es debido, fundamentalmente, a la dinámica propia de las relaciones entre Administración y contratista, a evitar acudir a la revisión de oficio de tales actuaciones —debido al reproche que dicha revisión produce en quienes han llevado a cabo la contratación y debido a la saturación que se produciría en el Consejo de Estado y en los consejos consultivos—, a razones de equidad y, por supuesto, a la confusión dogmática y a que la figura del enriquecimiento permite obtener resultados queridos por la Administración, en concreto minorar la restitución.

A través de la acción de enriquecimiento injusto, como fuente de obligaciones jurídicamente diferenciada del contrato, se evita acudir a la liquidación derivada de la nulidad del contrato y se permite a los contratistas de la Administración que puedan reclamar el abono de las prestaciones realizadas como consecuencia y en virtud de una contratación verbal nula⁴³.

Entiende la doctrina que en estos supuestos no es que el contrato verbal sea nulo, sino que el contrato es inexistente⁴⁴; se considera que el contrato no surge por existir un incumplimiento sustancial, o incluso total, de los requisitos formales y materiales exigibles en cuanto al procedimiento a seguir para la selección del contratista⁴⁵; ante contratos verbales entienden que ni siquiera procede la declaración de nulidad de lo inexistente —no siendo necesaria la revisión de oficio ni ningún acuerdo previo de declaración de nulidad de un contrato que no ha tenido lugar—, sino la búsqueda de una fuente de la obligación alternativa a la del contrato, y dicha vía es la acción autónoma de enriquecimiento injusto⁴⁶. La constatación de la existencia de un enriquecimiento injusto, la prestación realizada por el contratista a la Administración sin contraprestación, tiene como consecuencia la obligación restitutoria que impone el ordenamiento jurídico para reequilibrar una si-

43. Este es el parecer expresado por Rebollo Puig (2006: 19), cuando indica: “No hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad”. En materia civil también concibe la posibilidad de ejercitar una acción de enriquecimiento injusto de manera autónoma a la acción de nulidad Bech Serrat (2019: 146, 152).

44. Como indica el Dictamen del Consejo de Estado de 20 de diciembre de 2017, Expediente 842/2017: “a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro”.

45. Cfr. De Vicente González (2005: 410).

46. Cfr. De Vicente González (2005: 426). Igualmente se manifiesta Martínez Hellín (2019: 5), para quien “todos aquellos supuestos en los que nos encontramos con prestaciones realizadas a la Administración mediante meros encargos verbales requeridas por agentes de la Administración que carecen de competencia material (funcionarios, directores facultativos de obra, concejales delegados sin atribuciones para dictar actos que vinculen a terceros), difícilmente puede admitirse que proceda revisar un acto administrativo o un contrato, que serán inexistentes”.

tuación de desplazamiento patrimonial obtenido por una persona (enriquecido) a costa de otra (empobrecido) carente de justificación.

No obstante, con carácter previo a analizar si es viable acudir al principio de enriquecimiento injusto como fuente de la obligación que da derecho a cobrar las prestaciones realizadas en la contratación verbal, y antes de determinar cuál es la cuantía derivada del enriquecimiento que hay que satisfacer al contratista, resulta necesario poner de manifiesto las razones prácticas, esto es, la dinámica propia de las relaciones entre Administración y contratista por las cuales se acude a dicha institución, razones que dificultan que se acuda a la liquidación del contrato nulo, que consideramos que es el procedimiento correcto y legalmente establecido.

Con carácter general, y como anteriormente vimos, el problema de la contratación verbal se hace visible tras la presentación de las facturas por parte del contratista a la Administración una vez ha realizado efectivamente el trabajo. Así, el momento en que se detecta el problema de la contratación verbal se produce, precisamente, en el ejercicio de la función interventora, cuando se fiscaliza el pago de las facturas presentadas por los contratistas por trabajos efectivamente realizados pero sin cobertura legal.

En estos supuestos, dado que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para la contratación (contratación verbal menor sin expediente, modificación sin procedimiento del contrato o prórroga del contrato una vez vencido sin que se cumplan los presupuestos establecidos legalmente), dado que no existe crédito y dado que se ha omitido la función interventora, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión interventora.

En estos casos, tanto en la Administración local como en la estatal, la intervención debe realizar un informe que remitirá a la autoridad competente para resolver, en el que hará constar, entre otras cuestiones, una exposición de los incumplimientos normativos, constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, y posibilidad y conveniencia de revisión de los actos, revisión de oficio que, tal y como señalan el artículo 28 del Real Decreto 424/2017 y la Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado, solo recomendará si el valor de mercado de la prestación es inferior a la cantidad facturada.

El órgano competente para resolver debe adoptar una resolución que decida cómo proceder al abono de la cantidad debida: bien a través de una revisión de oficio o bien de un expediente para el reconocimiento de obligaciones irregularmente adquiridas (enriquecimiento injusto y posterior reconocimiento

extrajudicial de crédito). En el caso de que la Administración reconozca la existencia de un enriquecimiento injusto, y levante el reparo de la intervención, la factura se abonará tras un reconocimiento extrajudicial de créditos.

En muchas ocasiones, sin embargo, ocurre que el órgano encargado de resolver el pago no resuelve, con lo que la factura presentada no se abona, en cuyo caso el contratista presenta una demanda por inactividad de la Administración conforme al artículo 199 de la LCSP⁴⁷. Resulta evidente que el contratista no va a exigir el pago de la factura, exigiendo el inicio de una revisión de oficio al considerar que el contrato era nulo.

La razón por la cual el órgano encargado de resolver decide no acudir a la revisión de oficio es que la misma supone un procedimiento engorroso, en el que intervienen los órganos consultivos externos —que se quejan de la avalancha de revisiones de oficio—⁴⁸, y en el que se reconoce expresamente que se ha realizado un contrato sin procedimiento y sin crédito; en definitiva, la revisión de oficio implica un reproche a la Administración⁴⁹ que ha incurrido en ilegalidades, reproche que, en muchas ocasiones, se acompaña de la

47. De acuerdo con el art. 199 LCSP, que regula el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas: "Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 198 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro".

Vid. Sesma Sánchez (2023: 167).

48. Tal y como indica el Dictamen 109/2012, de 7 de noviembre, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares: "[...] el Consejo Consultivo considera que la Administración no puede continuar con el uso generalizado del procedimiento de revisión de oficio [...] para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. Es decir, el órgano consultante ha convertido en ordinario y ha normalizado un supuesto que debería ser excepcional, por lo que el Consejo Consultivo no puede admitir que se revisen actos nulos de pleno derecho con carácter general. La utilización de la revisión de oficio para dar cobertura formal a la contratación nula constituye una vía claramente inidónea, dado que se utiliza un procedimiento extraordinario y restrictivo para una cuestión de legalidad ordinaria que puede encontrar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto".

En términos similares se expresa el Dictamen 80/2020, de 3 de marzo de 2020, del Consejo Consultivo de Canarias.

49. Estamos de acuerdo con Díez Sastre (2017: 293) cuando indica: "Las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez de un acto deberían constituir un desincentivo para que la Administración cometa ilegalidades en el futuro. De hecho, un argumento a favor de mantener el concepto clásico de invalidez, entendido como desajuste de la realidad con el derecho, es precisamente el juicio de reproche que conlleva. Se entiende que una declaración de nulidad es algo similar a una sanción. Si se ha dictado un acto nulo, con independencia de que se hayan mantenido sus efectos, la Administración debería recibir un mensaje claro de que su actuación no puede desarrollarse de ese modo. El derecho europeo parece tener una aproximación cercana a esta".

recomendación por los órganos consultivos, casi nunca cumplida, de exigir responsabilidades a los funcionarios. Otra razón más, esta última, para no acudir a la revisión de oficio. A estas razones se une, en muchas ocasiones, el no abono de la factura, al considerar que desde un punto de vista político es mejor que sea un juez el que reconozca el derecho del contratista al pago.

Pues bien, es en la demanda de inactividad el momento en el que el contratista, que ha prestado el servicio y que no ha visto satisfecha la prestación, alega e invoca —no la restitución por nulidad del contrato, pues la intención legítima del contratista es cobrar por la prestación realizada— el pago de la factura en cumplimiento del contrato verbal y, en su caso, el pago de la factura en virtud del principio del enriquecimiento injusto.

En la contestación a la demanda, la Administración, tras no haber llevado a cabo la revisión de oficio, puede oponer la nulidad o inexistencia del contrato verbal (a nuestro juicio con desviación procesal, pues siempre pudo y puede acudir a la revisión de oficio), con la errónea intención de no asumir el pago de las facturas. También puede alegar, bien la mala fe del contratista para tratar de minorar o evitar el pago de la factura⁵⁰, bien la inadecuación

50. Es el caso de la Sentencia de 28 de enero de 2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), RJ 2016\437. Los hechos que dan lugar a la Sentencia versan sobre la contratación de un curso de *e-learning*, que se contrata como contrato menor y que finalmente, tras distintas modificaciones, acaba costando 150 000 euros. El contratista interpuso recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Dirección General de Tráfico en relación con el pago de la cantidad de 72 894,09 euros. La Sala de instancia considera que la pretensión del contratista no podía ser atendida, y ello al considerar la existencia de mala fe en el empobrecido, con la siguiente argumentación: “es también reiterada la jurisprudencia que entiende que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa requiere la existencia de buena fe en el empobrecido que actúa y se empobrece, como mínimo, siguiendo órdenes de quien en la Administración tenga apariencia de tener legitimación para contratar y obligar con sus actos a la Administración”.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia de instancia, al considerar que precisamente en supuestos de contratación verbal es procedente acudir al enriquecimiento injusto para el cobro de las prestaciones, y considera que corresponde a la Administración, y no al contratista, velar por el cumplimiento del procedimiento. En sus palabras:

“Como hemos visto anteriormente el fundamento de la sentencia para negar el enriquecimiento injusto, niega dar validez al documento presentado por la recurrente, en que se admite la cuantía de la deuda reclamada, negando la potestad para el reconocimiento al firmante de la misma, considerando en consecuencia que el exceso de gasto al no estar aprobado debía imputarse a la recurrente, dado que era conocedora del procedimiento de contratación por ser prestadora habitual de servicios, y no debió aceptar, sin proceder al cumplimiento de las exigencias formales de los contratos administrativos la modificación de los términos del contrato original. Sin embargo, la Sala discrepa de la consideración de que para que exista un enriquecimiento injusto sea preciso someterse a los criterios formales de contratación, pues en ese caso no sería necesario acudir a dicha doctrina, sino a la reclamación en términos de cumplimiento contractual. Es evidente que la falta de sometimiento a los criterios formales de contratación no convalidan la actuación de la Administración, ni frente a terceros, ni respecto a una posible responsabilidad de quienes así actúan. Sin embargo de lo que se trata es de determinar sin la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, aceptando los servicios prestados por el contratista en exceso, a solicitud de la propia Administración, que exige los mismos, aunque no los formalice conforme a derecho. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente re-

de la cuantía de la factura, por no adecuarse a los trabajos efectivamente realizados o a la calidad necesaria.

En estos supuestos, el órgano jurisdiccional considera, seguramente por razones prácticas y de justicia, adecuado y viable el ejercicio autónomo de una acción de enriquecimiento injusto⁵¹.

La jurisprudencia, en efecto, admite la posibilidad de abonar la prestación realizada y derivada de un contrato verbal nulo sin necesidad de declarar formalmente la nulidad del contrato.

Precisamente, la reciente Sentencia núm. 1275/2023, de 17 de octubre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), JUR 2023\403281, tiene por objeto resolver la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar “si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en casos en los que no está permitida la contratación verbal”⁵².

sarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente”.

51. Si bien entendemos que, en estos casos, lo procedente sería que el órgano jurisdiccional ejerciera lo dispuesto en el art. 33.2 LJCA e introdujera en el debate la posibilidad de declarar nulo el contrato con la consiguiente liquidación del mismo.

52. Los hechos y antecedentes que dan lugar a la Sentencia son los siguientes: D. Saturnino prestó al Ayuntamiento de Moià una serie de servicios jurídicos consistentes en la representación del Ayuntamiento en juicio. Si bien es cierto que no consta contrato suscrito entre las partes para la prestación de los servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, lo cierto es que constan las designaciones efectuadas en los distintos procedimientos en los que este intervino, designaciones efectuadas por el Ayuntamiento demandado al comparecer en cada uno de aquellos procedimientos constando, igualmente, el reconocimiento de deuda efectuado en fecha 3 de junio de 2011 por el alcalde del Ayuntamiento de Moià por importe total de 118.252,47 euros, y en el que se reconoce de manera explícita la realización de las tareas, así como el importe de los honorarios devengados.

Tras presentar al cobro la factura, el pago no fue atendido por el Ayuntamiento. Contra la inactividad del Ayuntamiento de Moià por no haber satisfecho en tiempo el requerimiento de pago de facturas, se interpuso recurso contencioso. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 16 de Barcelona dicta Sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, en la que desestima el recurso interpuesto por el contratista contra la inactividad de la Administración. Recurrída la Sentencia en apelación por el contratista, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicta Sentencia de 20 de julio de 2020 en la que estima la apelación y revoca la Sentencia con la siguiente argumentación: “si bien es cierto que no consta contrato suscrito entre las partes para la prestación de los servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, lo cierto es que constan aportadas en el expediente administrativo y en la documental aportada por la actora las designas efectuadas en los distintos procedimientos en los que esta intervino, designas efectuadas por el Ayuntamiento demandado al comparecer en cada uno de aquellos procedimientos, y que vienen a corresponderse con el reconocimiento de deuda efectuado en fecha 3 de junio de 2011 por el Alcalde del Ayuntamiento de Moià que obra al folio 404 de las actuaciones por importe total de 118.252,47 euros y en el que se reconoce de manera explícita la realización de las tareas así como el importe de los honorarios devengados. Por todo ello el recurso debe ser estimado parcialmente en cuanto a dicho importe, más los intereses legales correspondientes, por cuanto lo contrario vendría a suponer la admisión de un enriquecimiento injusto”.

Frente a la Sentencia que reconoce el enriquecimiento injusto como fuente autónoma de obligaciones para el cobro de las prestaciones realizadas en casos de contratación verbal, el Ayuntamiento de Moià recurre, alegando que el pago supondría vulnerar la prohibición de la Administración de contratar verbalmente y, asimismo, alega la mala fe del contratista.

Para el Tribunal Supremo es posible acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa para el pago de facturas por servicios en los casos de contratación irregular o no permitida, como la contratación verbal, siempre que concurren los siguientes requisitos, idénticos a los exigidos en la jurisprudencia civil: 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 este sea el efecto de aquel (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.

A los anteriores requisitos —indica la Sentencia— se añade una nueva exigencia, con el fin de evitar que las situaciones en las que puede darse un eventual enriquecimiento injusto o sin causa se conviertan en un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen la contratación administrativa. Esta nueva exigencia requiere 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”.

Debemos señalar que la Sentencia núm. 1275/2023, de 17 de octubre, del Tribunal Supremo, adolece de muchas lagunas que no son explicadas satisfactoriamente y que, precisamente, vamos a tratar de desentrañar. En primer lugar, no aclara el motivo por el cual abandona el criterio o requisito de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, y en segundo lugar, y lo que es más importante para nosotros, no dice qué es el enriquecimiento y qué es el empobrecimiento, cómo se miden y qué circunstancias modulan dicha medición, pues la medida del enriquecimiento es, precisamente, lo que el contratista tiene derecho a cobrar, siendo esta medida el punto más difícil y conflictivo de toda doctrina del enriquecimiento injusto⁵³.

53. Como indica Álvarez-Caperochipi (1993: 169): “Diferente del enriquecimiento como presupuesto es la medida del enriquecimiento, es decir, aquella medida de valor que el que adquirió impropriamente viene obligado a restituir. Este es quizá, el punto más difícil y conflictivo de toda doctrina del enriquecimiento injusto, y además, quizá el menos estudiado. Los ejemplos podrían multiplicarse; quien se apropia de los alambres de espino propiedad del Estado que

Volvemos a preguntarnos: ¿en qué consiste el enriquecimiento?; ¿el enriquecimiento es el precio originario del contrato?; ¿es el valor de mercado?; ¿son los costes menos el beneficio industrial?

No obstante, antes de dar respuesta a dichas preguntas, consideramos conveniente realizar un análisis crítico de la jurisprudencia que admite la posibilidad de acudir al principio de enriquecimiento injusto, como fuente autónoma de obligaciones para exigir las prestaciones realizadas en la contratación verbal.

3.2

La subsidiariedad del enriquecimiento injusto y su posible aplicación a la restitución contractual verbal. Distinción entre restitución y enriquecimiento

Existen distintos supuestos en los que se puede producir un enriquecimiento injustificado que obligue a la parte que se ha enriquecido a restituir el mismo a la parte que se ha empobrecido. Así, el enriquecimiento injusto puede ser consecuencia de lo obtenido por usar o disfrutar de un derecho ajeno; puede derivar de un pago producido por error; puede ser consecuencia de la liberación del deudor por el pago realizado por un tercero; puede derivar de un contrato nulo o anulado, etc.

A la hora de afrontar la solución a todos estos tipos de enriquecimiento existen, tal y como han estudiado los civilistas, distintos modelos de regulación: el unitario, el tipológico y el fragmentado⁵⁴.

Mediante el sistema unitario se pretenden regular todos los supuestos de enriquecimiento injusto desde una perspectiva común. El modelo alemán del BGB lleva a cabo una regulación general del enriquecimiento injustificado que debe adaptarse a las distintas situaciones que pueden dar lugar al mismo. Posteriormente, la doctrina alemana puso de relieve que un tratamiento general de situaciones tan dispares solo era posible mediante un ejercicio de abstracción que dejaba sin atender adecuadamente alguno de los conflictos, razón por la cual propusieron una tipología con los principales conflictos que podían generar enriquecimientos injustos. De aquí surgieron: la *condictio indebiti*, para la restitución de los pagos realizados por

fueron olvidados después del guerra en que fue frente de Guadalajara, se enriquece pero ¿Qué es lo que debe restituir? Unos alambres de la misma especie y calidad, el valor de los alambres cuando fueron encontrados, el precio recibido por su enajenación, el valor en el momento de la demanda o el provecho que se perpetua en el patrimonio del detentador de los mismos”.

⁵⁴. Cfr. Basozabal Arrue (2018: 4).

error; la *condictio* por intromisión, que restituye el enriquecimiento que obtiene quien usa un bien ajeno; la *condictio* por expensas, que se produce en aquellos casos en que se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena con beneficio del propietario o del poseedor de la misma; la *condictio* de regreso, que ostenta el tercero que paga al acreedor una deuda ajena; y, finalmente, la *condictio* de prestación, que es aquella que se da cuando el desplazamiento patrimonial o el enriquecimiento se produce en virtud de una prestación que ve frustrada la finalidad para la que había sido realizada. La prestación es el desplazamiento patrimonial ocurrido consciente con la finalidad de ejecutar un plan jurídico obligatorio, entendiéndose por plan jurídico obligatorio el negocio jurídico en cuyo cumplimiento la prestación se realiza. Precisamente, uno de los casos que entran dentro de la *condictio* de prestación es la restitución de las prestaciones que hubieran sido realizadas en ejecución de un contrato nulo cuando este es anulado⁵⁵.

Por último, nos encontramos con el sistema fragmentado en cuya virtud cada conflicto cuenta con una regulación específica en el sector o la rama del derecho privado que le corresponda, siendo este, precisamente, el modelo codificado en el derecho español⁵⁶. Así, podemos afirmar que nuestro Código Civil regula distintos supuestos “tipificados” de enriquecimiento injustificado, esto es, supuestos en los que la institución se encuentra incardinada y es reconocible en sus rasgos esenciales, y ello aun cuando no reciba legalmente la denominación formal de tal⁵⁷.

En principio, por tanto, nuestro ordenamiento jurídico, y en concreto el Código Civil, no recogió la prohibición general de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que, por el contrario, trasladó los problemas que el enriquecimiento sin causa pretende resolver al derecho de contratos y, en concreto, a

55. Cfr. Díez Picazo (2007: 124-128). Igualmente se estudia en Fariña Fariña (2022).

56. Como indica Basozabal Arrue (2018: 37-38): “Como acaba de apuntarse, así ocurre en la tradición codificada francesa, que es ajena a la existencia de un pretendido ‘Derecho de enriquecimiento injustificado’ y lo que conoce son soluciones restitutorias allá donde se plantean los conflictos concretos, cada uno en su sede correspondiente”. Igualmente, Zumaquero Gil (2017: 19), cuando indica: “El Código Civil español, a diferencia de otros códigos civiles europeos que han seguido el modelo germanista, no contiene una regulación general del enriquecimiento injustificado. En él encontramos distintas manifestaciones de un derecho de restitución, cuyo fundamento último puede situarse en la regla de interdicción del enriquecimiento sin causa, pero que en ningún caso permiten la construcción de una *condictio sine causa generalis*. Su inspiración en el derecho francés, donde la doctrina del enriquecimiento injustificado aparece originariamente regulada en el *Code Civil* de manera residual, a partir de la categoría de los cuasicontratos, explica que la figura llegue a nuestros días desprovista de una regulación unitaria”.

57. Así, por ejemplo, la *condictio* por intromisión: uso y disfrute de una cosa, capital o derecho ajeno o que procede restituir (arts. 453 y ss. CC); *condictio* por prestación, pago de lo indebido consistente en la realización de una obra o un servicio o la transmisión de una cosa (arts. 1895 y ss. CC); *condictio* por impensas, por gastos, trabajo, obras o mejoras en cosa ajena de buena fe o mala fe (arts. 453, 454 y 1898 CC).

la acción de restitución, configurando, además, nuestro Código Civil el cobro de lo indebido como un cuasicontrato de aplicación subsidiaria y residual⁵⁸.

En efecto, siguiendo a Díez Picazo, podemos afirmar que en nuestro derecho, por razones de orden histórico, los problemas de la *condictio* de prestación (enriquecimiento sin causa en supuestos de nulidad de contrato) no pertenecen al derecho del enriquecimiento, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, sino que se regulan en el derecho de contratos y, en concreto, en los artículos 1303 a 1308. Únicamente cuando dichas reglas restitutorias no den completa solución a un problema cabría acudir al enriquecimiento sin causa⁵⁹.

Precisamente, el hecho de que la normativa regule acciones concretas y específicas para la obtención de la restitución tiene como consecuencia el que sean tales preceptos los que deban ser invocados, y no, por el contrario, el principio de enriquecimiento injusto.

Así, la jurisprudencia considera que no puede ejercitarse una acción de enriquecimiento injustificado de carácter general, basada en el principio general que obliga a la restitución de todo enriquecimiento injustificado, cuando exista una acción específica para obtener la restitución de dicho enriquecimiento, la cual, por su especialidad, debe ser ejercitada con carácter prevalente y excluyente⁶⁰, de modo que la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria⁶¹, en el sentido de que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento.

Como indica la conocida Sentencia núm. 121/1999, de 19 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), RJ 1999\1055: “[...] cuando la propia ley otorga las acciones específicas que crea oportunas para regular la situación, pues de otra manera la acción de enriquecimiento sin causa se convertiría en un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo. Es por supuesto concebible en abstracto una aplicación del derecho que resida en la

58. Cfr. Ruiz Arranz (2023: 165).

59. Cfr. Díez Picazo (2007: 124-125).

60. Sobre la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento véase Orozco Muñoz (2015: 340-342), para quien: “Si el supuesto de hecho de enriquecimiento injustificado se encuentra específicamente regulado en una disposición normativa y protegido por una determinada acción, procede la aplicación de ésta, sin poder acudir a ningún tipo de analogía, al no existir laguna alguna que integrar. Se trata de lo que venimos denominando supuestos o acciones típicas y específicas de enriquecimiento injustificado”.

61. Se muestra crítica con la posibilidad de acudir al enriquecimiento injusto Sesma Sánchez (2023: 167), cuando indica: “Pues bien, frente al carácter subsidiario y excepcional con que opera en el ámbito civil, sorprende que los tribunales hayan legitimado amplia y generosamente esta vía para pagar al contratista”.

equidad y la buena fe del aplicador, sin sujetarse a ninguna norma positiva. Pero no es concebible en una ordenación jurídica presidida por la sumisión de juez a la ley (art. 117.1 Constitución). Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquélla reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento”.

Para Basozabal Arrue, “cuando el Derecho de contratos prevé una acción restitutoria la concesión de la acción general de enriquecimiento injustificado convertiría ésta en ‘un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo’ (en palabras del Magistrado Ponente, Gullón Ballesteros), pues serviría para ‘dar la vuelta’ a cualquier precepto con cuyo contenido no se estuviese conforme (sea el mencionado art. 1483, el 1074, el 487 CC, o el que fuere)”⁶².

En el caso de la contratación verbal irregular, acudir al enriquecimiento injusto no es técnicamente correcto, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico regula específicamente la acción de restitución en el actual artículo 42 de la LCSP, artículo que establece las consecuencias y los efectos de la nulidad de los contratos y que establece una acción específica para recuperar la prestación realizada y no abonada, regulando, además, el contenido de dicha acción.

3.3 Distinción entre restitución derivada de nulidad y enriquecimiento injusto

Quizá la razón por la cual la jurisprudencia contencioso-administrativa utilice la noción de enriquecimiento injusto sea que considere equivalente la restitución derivada de la nulidad al enriquecimiento injusto. Así, la jurisprudencia pudiera pensar que la acción de restitución de las prestaciones realizadas en virtud de un contrato inválido no es más que una concreción positiva de la acción de enriquecimiento⁶³.

62. Basozabal Arrue (2019: 109).

63. Ejemplo de esta doctrina es la Sentencia de 9 de febrero de 1979 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), RJ 1979\907, cuando mezcla restitución con enriquecimiento e indica: “aunque ciertamente el contrato merecía ser conceptualizado como radicalmente nulo al faltar al mismo toda formalidad legitimadora de la forma del concierto directo en que tuvo lugar, puesto que ninguno de los trámites de excepción de licitación del art. 42-3 del Reglamento de Contratación (RCL 1953\1054 y NDL 22515) se cumplieron, también es cierto que

Debemos afirmar, sin embargo, que no solo los efectos derivados de la nulidad del contrato (restitución y liquidación de prestaciones) son distintos a los derivados de la aplicación del principio de enriquecimiento injusto (restitución del enriquecimiento), sino que el propio fundamento de la restitución derivado de la nulidad es diverso al fundamento del enriquecimiento injusto.

En efecto, la obligación de restitución derivada de la nulidad encuentra su fundamento en la recuperación del *statu quo ante* tras la nulidad. La nulidad elimina la relación obligatoria surgida, transformándola en otra orientada a la restitución. El objetivo de esta nueva relación obligatoria resolutiva es que las partes recuperen, en la medida de lo posible, la situación existente antes del contrato del que se desvinculan⁶⁴.

Estamos de acuerdo con el profesor Rebollo Puig cuando señala que no resulta exacto o correcto acudir al instituto del enriquecimiento injusto para proceder a la restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad de un contrato, y ello porque la acción de restitución del actual artículo 42 de la LCSP —igual que la del artículo 1303 del Código Civil— está dirigida a lograr el *nullum effectum*, a volver a la situación anterior al contrato, y, aunque lo logre deshaciendo los desplazamientos patrimoniales operados, su finalidad no es restablecer el equilibrio patrimonial, que es cosa distinta. Es correcto entender que en supuestos de nulidad contractual la atribución patrimonial ya no tiene causa y debe deshacerse, pero no por enriquecimiento —pues quizá dicho enriquecimiento ni tan siquiera se haya producido, supuesto este que acaece cuando ambas partes han ejecutado las prestaciones del contrato nulo—, sino con el objetivo de recuperar el *statu quo ante* tras la nulidad. En el caso de que ambas partes hayan cumplido no hay enriquecimiento pues, precisamente, ambas partes han llevado a cabo sus prestaciones y, sin embargo, hay restitución⁶⁵. En definitiva, la razón por la cual en los contratos inválidos hay que reintegrar las prestaciones (y liquidar el contrato)

se hallaba en avanzada ejecución por ambas partes lo estipulado y en consecuencia a la situación de hecho es de aplicar, junto a la doctrina de la nulidad radical citada, la que asimismo ha formulado repetidamente la Jurisprudencia de esta Sala -v. gr. SS. de 22 enero 1975 (RJ 1975\8) y 21 abril 1976 (RJ 1976\2346)- o sea la de que en esos casos el principio del enriquecimiento sin causa determina, pese a la invalidez del contrato, la obligación de indemnizar”.

Como señala Rebollo Puig (1995: 345) cuando analiza la acción de restitución y la acción de enriquecimiento injusto: “La jurisprudencia contencioso administrativa parece dar un paso más y, en general, cabría decir, olvida la idea de destrucción de los efectos del contrato y de restitución con ese fin, para tener más presente la de evitación de los enriquecimientos sin causa. A la nulidad del contrato ejecutado sigue más bien una liquidación en la que se tienen en cuenta los enriquecimientos injustos producidos y se persigue su compensación. En cierto modo, la acción de restitución de las cosas objeto del contrato nulo es sustituida por la acción de restitución del enriquecimiento sin causa; así, la destrucción de los efectos del contrato nulo se consigue en su caso deshaciendo los enriquecimientos injustos que haya generado”.

64. Cfr. Ruiz Arranz (2023: 358).

65. Cfr. Rebollo Puig (1995: 343).

no es que se pretenda corregir un enriquecimiento, sino que son los efectos retroactivos de la invalidez, esto es, la obligación de restablecer la situación al momento anterior a la celebración del contrato⁶⁶.

Por lo expuesto, consideramos que no es correcto acudir al enriquecimiento injusto para justificar o fundamentar la restitución en la liquidación de los contratos verbales irregulares, produciéndose, en estos supuestos, una cierta desnaturalización de la invalidez y de la nulidad.

Pero es más, acudir al enriquecimiento injusto va a tener como consecuencia que la medida de la prestación pueda variar con respecto a la regulada en el artículo 42 LCSP, pues los requisitos y presupuestos que determinan y modulan la medida de la prestación varían con respecto a los de la restitución derivada de la nulidad del contrato.

3.4 La medida del enriquecimiento

Tal y como hemos expuesto, el Tribunal Supremo permite acudir al enriquecimiento injusto como fuente que permite a los contratistas exigir el pago de las prestaciones realizadas a través de una contratación verbal. Debemos reiterar, sin embargo, que lo que no dice la jurisprudencia es qué es el enriquecimiento y qué es el empobrecimiento, cómo se miden y qué circunstancias modulan dicha medición, pues la medida del enriquecimiento es precisamente lo que el contratista tiene derecho a cobrar. Entonces, ¿qué es el enriquecimiento?; ¿es el valor de mercado?; ¿es el precio originario del contrato?; ¿son los costes menos el beneficio industrial?

Debemos reiterar que nuestro Código Civil no contiene una regulación expresa y general sobre el enriquecimiento injusto, sino que realiza una regulación fraccionada y *ad hoc* de distintos supuestos típicos en los que se producen enriquecimientos injustos, como es el caso de la regulación del cobro de lo indebido; de restitución de provechos en materia de adquisición y de liquidación de estados posesorios, normas que casan mal con la *condictio* de prestación, pero de las cuales se pueden obtener una serie de principios aplicables a supuestos análogos no regulados pero en los que se produzca un enriquecimiento injustificado.

Cabe indicar, no obstante, que ante la ausencia de una regulación del enriquecimiento en nuestro Código Civil, resulta de máximo interés la regulación realizada del enriquecimiento injusto en el Borrador del Marco Común

66. En términos similares se pronuncia Ruiz Arranz (2023: 363-364).

de Referencia para un Derecho Privado Europeo (DCFR), y ello, tal y como señala Morales Moreno, por el uso que del mismo realizan nuestros tribunales en la interpretación de las normas de nuestro derecho, y por ser un buen instrumento para que los jueces puedan cumplir el mandato del artículo 3.1 CC, aproximando las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁶⁷. A lo dicho hay que añadir que dicha regulación hace especial referencia a la *condictio* por prestación, esto es, a la derivada de la nulidad de los contratos, razón por la cual puede resultar de especial interés.

La primera cuestión por resolver, a la hora de cuantificar la medida del enriquecimiento, estriba en determinar en qué consisten el enriquecimiento y el empobrecimiento y cómo se valoran o miden estos.

El enriquecimiento se traduce en toda ventaja, utilidad o provecho que una persona haya recibido⁶⁸. El enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría dicho patrimonio si no hubiese ocurrido el desplazamiento de valores o provechos.

El enriquecimiento puede ser consecuencia de un aumento patrimonial o enriquecimiento positivo (*lucrum emergens*), o ser debido a una no disminución o evitación de una disminución patrimonial o enriquecimiento negativo (*damnum cesans*).

El enriquecimiento positivo se concreta en un incremento patrimonial, esto es, en la adquisición de bienes o derechos de contenido económico o patrimonial que se incorporan al patrimonio del enriquecido, o en un incremento de valor de los bienes y derechos preexistentes, y, en ambos casos, sin contraprestación.

El enriquecimiento negativo se produce en aquellos supuestos en que se evita o ahorra un gasto, ahorro que se produce por la disposición o por la mera utilización o disfrute de bienes o derechos ajenos, o por la recepción de servicios o trabajos de terceros, en todos los casos sin coste para el receptor (ahorro absoluto de gastos) o a un coste inferior al valor del bien o del uso, servicio o trabajo obtenidos (ahorro relativo)⁶⁹.

El empobrecimiento supone una desventaja que puede consistir bien en una disminución patrimonial (daño emergente) o bien en la privación de una ganancia futura (lucro cesante)⁷⁰.

67. Cfr. Morales Moreno (2015: 24).

68. Vid. Díez Picazo (2007: 118).

69. Tal como indica el art. VII.-3:101 del DCFR: "Una persona se enriquece mediante: (a) el incremento de activos o la disminución de obligaciones; o (b) la recepción de un servicio u otra prestación análoga; o (c) el uso de activos ajenos".

70. Tal como establece el art. VII.-3:102 del DCFR: "Una persona soporta una desventaja por: (a) la disminución de activos o el incremento de obligaciones; o (b) la realización de un servicio u otra prestación análoga; o (c) el uso que otro hace de sus activos".

El daño emergente puede consistir en una disminución del activo debido a la salida, sin contraprestación, de una cosa o un derecho del patrimonio del desfavorecido, o a cualquier gasto realizado a costa de dicho patrimonio y a favor del enriquecido (realización de un gasto para mejorar el bien de un tercero, pago de lo indebido, realización de un servicio sin cobrarse).

El empobrecimiento por lucro cesante se genera en aquellos supuestos en los que el patrimonio del empobrecido deja de obtener una ganancia o un beneficio debido por la actividad realizada, por sus bienes, por sus derechos o por su trabajo⁷¹.

Así, por ejemplo, la realización de un modificación de obra sin contrato o una prórroga ilegal de un contrato de servicio supone un empobrecimiento que incluye daño emergente (el gasto de materiales y trabajadores) y un lucro cesante (la ganancia que no se ha obtenido).

Como se puede observar, dentro del empobrecimiento se ha de incluir la cuantía de la ganancia o del beneficio debido a la actividad realizada.

Precisamente, consideramos que carecen de fundamento aquellas resoluciones administrativas y posiciones doctrinales que eliminan el beneficio industrial (ganancia dejada de obtener) en los supuestos de contratación verbal, eliminación que carece del más mínimo fundamento teórico. Más bien parece que se trata de imponer un castigo (sanción encubierta) al contratista que ha realizado el servicio⁷².

En principio, con carácter general, si el enriquecimiento consiste en una cosa cierta y determinada en poder del obligado a restituir, el enriquecimiento se circunscribe únicamente a la restitución de la misma y en el estado en que se encuentre.

En caso de que el enriquecido no pueda restituir la cosa o el servicio recibido, esto es, en los supuestos de enriquecimiento no transmisible, el

71. Como indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), entre muchas otras, en la Sentencia núm. 1016/2006, de 6 de octubre, RJ 2006\6650: "El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio ('damnúm. Cessans'). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro".

72. De castigo lo califica el Dictamen 27/2023 del Consejo Consultivo de Canarias, de fecha 26 de enero de 2023, cuando señala: "De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando los servicios a satisfacción de la Administración y con plena creencia de su cobertura legal, no procede 'castigarla', por una situación no buscada ni generada por ella, detrayendo un porcentaje en concepto de beneficio industrial, sino que ha de abonarse el total de las facturas, tal como se habría efectuado en cumplimiento del contrato cuya validez y correcta adjudicación fue judicialmente confirmada".

parámetro básico para calcular el valor monetario del enriquecimiento es el valor de mercado⁷³.

En efecto, cuando la restitución del enriquecimiento no pueda realizarse *in natura*, tal y como acontece en los supuestos en los que el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa u obra que no puede restituirse, en el uso de un bien ajeno o en la recepción de un servicio, resulta necesario proceder a la determinación del equivalente o valor pecuniario del enriquecimiento, y dicho valor es el de mercado⁷⁴.

El valor de mercado no es otro que la suma de dinero que unos contratantes con intención seria de alcanzar un acuerdo sobre el mismo habrían considerado como precio. A estos efectos, los dictámenes periciales tendrán un importante papel a la hora de probar el valor de mercado.

Como se puede comprobar, con carácter general, la obligación de restitución por parte del enriquecido en los supuestos de enriquecimiento no transmisible es el valor de mercado del bien (al igual que la restitución en la nulidad), y dicho valor de mercado ni necesariamente ha de coincidir con el precio del contrato verbal ni mucho menos lleva aparejada la supresión del beneficio industrial.

Cabe indicar, no obstante, que la medida de restitución puede variar, y no aplicarse el valor de mercado, en función de determinadas circunstancias como son el enriquecimiento impuesto, esto es, si el beneficio recibido tiene lugar a costa de la libertad del sujeto enriquecido⁷⁵, o la buena o mala fe de las partes.

En efecto, en función de estas circunstancias, el Código Civil y el Borrador Marco de Referencia (DCFR) abandonan el valor objetivo de mercado y acuden a una valoración subjetiva, atendiendo a elementos subjetivos de las partes afectadas (enriquecido y empobrecido).

Este dato es importante, y ello porque las resoluciones administrativas y algunas sentencias acuden a dichos criterios para minorar o abandonar el valor de mercado; eso sí, acuden a dichos valores subjetivos sin ningún tipo de argumentación o motivación que permita justificar y, sobre todo, controlar la decisión adoptada.

73. Cfr. Bech Serrat (2019: 328). Igualmente se pronuncia Orozco Muñoz (2015: 272 y ss.).

74. Así lo indica el art. VII.-5:102, apdo. 1, del DCFR, que regula el enriquecimiento intransmisible, al indicar: "(1) Cuando el enriquecimiento no consista en un activo transmisible, el enriquecido lo restituirá mediante el pago de su valor pecuniario a la persona a cuya costa se obtuvo".

75. Como indica Bech Serrat (2019: 319-320): "Los criterios de cálculo del valor monetario del enriquecimiento han caído tradicionalmente en el Derecho español bajo la influencia de dos parámetros distintos, a saber, la doctrina del doble límite elaborada por el Tribunal Supremo y las reglas del cobro de lo indebido".

De este modo, será preciso determinar si el sujeto enriquecido que recibió el valor que se reclama no consintió el enriquecimiento, o lo consintió de buena fe, con el fin de reducir la cuantía a restituir.

Así, por ejemplo, en supuestos en que el enriquecimiento recibido tiene lugar a costa de la libertad del sujeto enriquecido (los denominados enriquecimientos impuestos), la cuantía a restituir queda limitada a la utilidad que el enriquecido haya obtenido, y no, por el contrario, al valor de mercado del bien o servicio recibido⁷⁶.

De conformidad con la teoría del doble límite⁷⁷ —la cual, según la doctrina, nace en supuestos de enriquecimiento impuesto, y que tiene en cuenta el principio de utilidad—, lo restituible es la menor suma entre el gasto en que ha incurrido el empobrecido y la ventaja efectiva que ha tenido el enriquecido de buena fe⁷⁸. En estos supuestos el valor restituible no es el valor de mercado, sino la utilidad que ha tenido el enriquecido.

Por tanto, en el caso de que haya algún beneficio por la entrega del bien o prestación del servicio no solicitados, dicho enriquecimiento se cuantificará en función del precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicho servicio atendiendo a sus circunstancias personales, y no atendiendo al valor objetivo de mercado⁷⁹.

76. Un supuesto de enriquecimiento impuesto es el regulado en el art. 1158.3 del Código Civil, relativo al pago de deuda ajena contra la expresa voluntad del deudor, donde se limita la obligación de reintegro a “aquello en que le hubiere sido útil el pago” al deudor (art. 1158.3 CC).

77. Como indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en la comentada Sentencia de 25 de noviembre de 1985, RJ 1985\5898: “[...] La acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio obtenido por el deudor, pero tiene igualmente otro límite, infranqueable también, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, debiendo cifrarse en la cuantía menor, de suerte que aunque el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento, expresado en el caso por los gastos efectuados para la edificación, que no pueden ser rebasados aunque el valor de la finca sea actualmente, por el encarecimiento de la construcción, muy superior, según resulta de la tasación pericial”.

78. Señala Bech Serrat (2019: 319-320) que la teoría jurisprudencial del doble límite nace bajo el influjo de lo prescrito por el art. 453 II del CC con respecto a la restitución de mejoras en supuestos de liquidación posesoria. El art. 453 II del Código Civil indica: “Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa”. Es decir, el empobrecido solo puede reclamar hasta el límite de su empobrecimiento frente al enriquecido de buena fe, lo que se traduce en que, entre el plusvalor experimentado por el bien mejorado y el gasto realizado por el demandante, solo es compensable la menor suma. Así, si el empobrecido gastó 50 en unas obras de mejora de un inmueble, y sin embargo el inmueble poseído de buena fe por el enriquecido, y que debe restituirse, se ha revalorizado en 100, el empobrecido solo podrá reclamar 50, esto es, el empobrecido solo puede reclamar hasta el límite de su empobrecimiento y no el enriquecimiento del enriquecido, que es 100.

79. Como indica Orozco Muñoz (2015: 272 y ss.), dado que la recepción por el beneficiario se produjo sin su consentimiento y sin tener, por tanto, libertad para aceptar la prestación ni para fijar su precio, se aplica el criterio de la utilidad con el fin de no violentar la autonomía de la voluntad del beneficiario en la imposición de un precio que este nunca hubiera aceptado por el servicio, de haberlo solicitado.

Aplicado dicho principio a la contratación pública, ello implicaría que, por ejemplo, en un modificado ilegal no consentido por la Administración, se tome como valor no el de mercado, sino el precio que habría obtenido la Administración con un concurso, precio que, seguramente, tendría una baja por adjudicación.

Precisamente, el Borrador del Marco Común de Referencia para un Derecho Privado Europeo (DCFR) establece como supuesto de valoración subjetiva que abandona el valor de mercado los supuestos de enriquecimiento impuesto en los cuales el enriquecido solo estará obligado a pagar lo que ha ahorrado, siendo el ahorro de gastos la disminución de activo o el incremento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento⁸⁰.

De este modo, si una Administración contrata un servicio por un precio de 100, precio de mercado, y, sin embargo, con la licitación del servicio pudo obtener una baja del 50 % y conseguirlo por 50, el enriquecido únicamente estará obligado a abonar 50. En estos supuestos, obligarle a restituir por 100 significará obviar que a ese mismo sujeto se le ha privado de la posibilidad de contratar el servicio de modo eficiente por solo 50.

Otra de las circunstancias que dan lugar a una variación del valor de la restitución la constituye la buena o mala fe de las partes.

Así, si el sujeto enriquecido es de mala fe deberá restituir el valor de mercado más el interés legal, además de los rendimientos obtenidos, sin perjuicio de que se le pueda reclamar la indemnización de los daños sufridos⁸¹. Así, una actuación de mala fe del enriquecido operará como elemento agravante.

Cabe indicar que el Borrador del Marco Común de Referencia para un Derecho Privado Europeo (DCFR) considera que el enriquecido es de buena fe si no sabía ni cabía razonablemente esperar que supiera que el enriquecimiento era injustificado o era probable que resultara injustificado.

En los casos en que el enriquecido sea de buena fe, y al igual que en los supuestos de enriquecimiento impuesto, el enriquecido deberá restituir no

80. Así lo indica el art. VII.-5:102, apdo. 2, del DCFR, al señalar: "El enriquecido no estará obligado a pagar más de lo que ha ahorrado si (a) no consintió el enriquecimiento; o (b) era de buena fe".

81. Así lo indica el art. 1896 del Código Civil:

"El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere.

Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó".

el valor de mercado, sino el precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicha prestación atendiendo a sus circunstancias personales, esto es, equivalente a la disminución de activo o al incremento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento⁸².

De este modo, si una Administración de buena fe contrata verbalmente un servicio por un precio de 100, precio de mercado, y, sin embargo, con la licitación del servicio pudo obtener una baja del 50 % y conseguirlo por 50, el enriquecido únicamente estará obligado a abonar 50.

No obstante, en el caso de las Administraciones públicas, en supuestos de contratación verbal irregular, difícilmente podrá justificar que desconocía la obligación de llevar a cabo el procedimiento legalmente establecido para la adjudicación del contrato, luego en la generalidad de las ocasiones no será de buena fe.

Por último, y como dato relevante para este estudio, el Borrador Marco de Referencia (DCFR) —artículo VII.-5:102, apartado 3⁸³— prescinde del valor objetivo de mercado y acude a un valor subjetivo, en concreto al precio pactado, en los supuestos de nulidad del contrato, siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato.

En efecto, en los supuestos de prestaciones contractuales que han devenido inválidas y en las cuales las partes hubieran pactado un precio cierto, la valoración del enriquecimiento y de la restitución ha de hacerse con arreglo al precio pactado, siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato. En estos casos, por tanto, el precio pactado servirá de referente para determinar el valor del equivalente pecuniario de la cosa o del servicio imposible de restituir *in natura*⁸⁴.

En estos casos el problema con el que se puede encontrar la Administración es que el valor de mercado de la prestación sea inferior al precio pactado del contrato verbal ilegal, en cuyo caso prima el precio frente al valor de mercado, con el consiguiente perjuicio a los fondos públicos.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, la medida del enriquecimiento es, con carácter general, el valor de mercado. No obstante, en supuestos de enriquecimiento impuesto o buena fe del enriquecido, la medida del

82. Tal y como señala el art. VII.-5:102, apdo. 2, del DCFR: "El enriquecido no estará obligado a pagar más de lo que ha ahorrado si (a) no consintió el enriquecimiento; o (b) era de buena fe". Del mismo modo, el art. VII.-5:103, apdo. 2, del DCFR, define el ahorro de gastos como "la disminución de activo o el incremento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento".

83. De conformidad con el art. VII.-5:102, apdo. 3: "No obstante, cuando el enriquecimiento se obtiene en virtud de un acuerdo en el que se fija un precio o valor para dicho enriquecimiento, el enriquecido deberá pagar al menos esa suma, si el acuerdo fuera nulo o anulable por motivos no relevantes para la fijación del precio".

84. Cfr. Orozco Muñoz (2015: 272 y ss.).

enriquecimiento es el ahorro de gastos, esto es, el precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicha prestación en circunstancias normales. Finalmente, la medida del enriquecimiento coincidirá con el precio pactado siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato.

Como se comprueba, la medida del enriquecimiento expuesta pudiera adecuarse mejor a los supuestos de contratación verbal de la Administración; el problema, reiteramos, es que la LCSP establece de manera expresa cómo proceder para determinar el valor de la prestación, sin que, por tanto, sea posible acudir al enriquecimiento para determinar el valor de las prestaciones realizadas.

Creemos necesaria, por tanto, una reforma legislativa que adecue los efectos de la nulidad de los contratos administrativos a las necesidades de la Administración; en definitiva, es necesaria una regulación que se separe de la regulación civil, y otorgue una sustantividad propia a la regulación de los efectos derivados de la invalidez del contrato.

Ahora bien, dicha regulación ha de realizarse por el Estado, por ser una competencia estatal, mediante una modificación de la LCSP, sin que sea posible ni viable que dicha regulación se realice por parte de las comunidades autónomas.

3.5

La inexistencia del contrato como vía para justificar la acción de enriquecimiento injusto y evitar la revisión de oficio. Crítica a las leyes de las comunidades autónomas que regulan la inexistencia como cauce para el pago de las prestaciones realizadas

Tal como hemos expuesto en epígrafes anteriores, una de las razones por las que se evita acudir a la restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad de la contratación verbal es evitar acudir al procedimiento de revisión de oficio y a la obligada intervención del Consejo de Estado o de los consejos consultivos, y ello debido, en primer lugar, a que una revisión de oficio que constate una nulidad supone un claro reproche hacia la Administración que ha realizado la actuación, Administración que prefiere que se lleve a cabo un procedimiento interno, un reconocimiento extrajudicial, en el que no intervengan órganos externos de control que pongan de relieve la conducta contraria a derecho; en segundo lugar, se indica que llevar a cabo una revisión de oficio de una práctica tan habitual como la contratación verbal de las Administraciones públicas produciría una saturación en el Consejo de Estado

y en los consejos consultivos⁸⁵, posible saturación que ha llevado, en tercer lugar, a ciertos consejos consultivos a considerar que la revisión de oficio es utilizada en fraude de ley por ciertas Administraciones para justificar el pago a los proveedores⁸⁶; en cuarto lugar, se considera que el procedimiento de revisión de oficio es un procedimiento complejo que genera dilaciones en la resolución del problema y que solo sirve para engrosar el expediente⁸⁷.

En este contexto una corriente doctrinal, que ha tenido reflejo en la legislación de ciertas comunidades autónomas y algún dictamen del Consejo de Estado⁸⁸, considera que en los supuestos de contratación verbal irregular no es que el contrato sea nulo, sino que el mismo es inexistente, y dado que el contrato no existe, no es necesario acudir a la nulidad y a la revisión de oficio, con lo que los proveedores de la obra, del servicio o del suministro y la Administración pueden y deben acudir a la acción autónoma de enriquecimiento injusto para el pago de las prestaciones realizadas.

Así, tal y como señala De Vicente González⁸⁹, cuando nos encontramos con contratos inexistentes o prestaciones complementarias, o modificaciones no aprobadas previamente pero ejecutadas, deberíamos entender que en este caso ni siquiera procede la declaración de nulidad de lo inexistente, sino la búsqueda de una fuente de la obligación alternativa a la del contrato; en consecuencia, la declaración de haber recibido la prestación y la existencia de un enriquecimiento que debe ser satisfecho no exigirían ningún acuerdo previo de declaración de nulidad de un contrato que no ha tenido lugar⁹⁰.

En definitiva, al considerar que el contrato es inexistente, la Administración puede simplemente desconocer el acto, sin necesidad de ajustarse al procedimiento de revisión de oficio, y pagar la factura acudiendo al enriquecimiento injusto⁹¹.

85. Cfr. Blanco y Busquets (2024).

86. Así se expresa Bauzá Martorell (2016: 96). Del mismo modo se pronuncia el Dictamen 20/2020, de 3 de abril, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. De fraude de ley lo califica el Dictamen 80/2020, de 3 de marzo de 2020, del Consejo Consultivo de Canarias.

87. Así lo afirma Valero Escribano (2015: 164-165).

88. Así, en el Dictamen 842/2017, de fecha 20 de diciembre de 2017, el Consejo de Estado afirma: "En esta situación, entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen n° 1.019/95, 'a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro".

89. Cfr. De Vicente González (2005: 426).

90. En términos similares se expresa Martínez Hellín (2019: 5-6).

91. Como indica Lavilla Alsina (1961: 66): "En cambio, en caso de inexistencia del acto administrativo por falta de un elemento esencial del mismo, la Administración puede simplemente desconocer el acto, sin necesidad de ajustarse al procedimiento de revisión del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En consecuencia, aunque la Ley no distingue los supuestos de nulidad e inexistencia, la distinción tiene vigencia y ofrece la gran ventaja práctica de que, a través de la interpretación de la Ley, se permitirá a la Administración ignorar el acto inexistente, quedando limitado el procedimiento formal revisor del artículo 109 a los actos nulos de pleno derecho".

Del mismo modo, al acudir al enriquecimiento injusto la Administración puede introducir modulaciones en la medida de la prestación, detrayendo el beneficio industrial, si bien, como hemos visto, ni tan siquiera a la hora de cuantificar el enriquecimiento injusto es posible la detracción de dicho beneficio.

Debemos, sin embargo, manifestar que no nos parece dogmáticamente correcto acudir a la inexistencia como figura diversa a la nulidad de pleno derecho, y ello porque, tal y como indican Santamaría Pastor⁹², Bocanegra Sierra⁹³ y García Luengo⁹⁴, entre otros, la inexistencia de los actos administrativos resulta una fórmula jurídica perfectamente innecesaria en el derecho administrativo, ya que la misma carece por completo en el derecho público de utilidad alguna, a la vista de la extensión con la que el sistema jurídico reconoce en la actualidad los supuestos de nulidad de pleno derecho. De hecho, cualquier actuación administrativa pretendidamente vinculante a la que le falten las más elementales condiciones de un acto administrativo, esto es, cualquier supuesto de inexistencia, es reconducible a un supuesto de nulidad de pleno derecho, como podrían ser la incompetencia manifiesta, la ausencia de todo procedimiento o la falta de los requisitos esenciales para obtener una prestación de este tipo. Los supuestos en los que un acto carece por completo de los elementos propios de un acto administrativo están perfectamente contemplados en la actual regulación de la nulidad. Precisamente, la inexistencia surge en los sistemas legales en los que la nulidad no aparece reconocida o viene gravemente limitada o mutilada en sus posibilidades de actuación, y surge como un sucedáneo de la nulidad, de forma que, una vez entendida rectamente la técnica de la nulidad, la inexistencia deviene una categoría superflua o innecesaria; en definitiva, la figura de la inexistencia no es necesaria en un sistema que ostenta un cuadro completo de supuestos de invalidez bien definidos, al tratarse la inexistencia de una llave de salvaguardia residual propia de ordenamientos deficitarios técnicamente.

Sin duda alguna, cualquier supuesto de contratación verbal es reconducible a un supuesto de nulidad de pleno derecho, como son los supuestos de nulidad de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente, actos dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, la

92. Cfr. Santamaría Pastor (1972: 250-262).

93. Cfr. Bocanegra Sierra (2005: 173-175).

94. Tal y como afirma García Luengo (2002: 78-80): "La controversia sobre la posibilidad de declarar inexistentes ciertos actos que carecerían de las mínimas exigencias para ser considerados como actos administrativos, pero o bien no podrían ser formalmente declarados nulos, o bien dicha declaración no resultaría razonable, se generó históricamente a partir del dogma de la imposibilidad de reconocer una nulidad sin que esta estuviese recogida en un texto legal".

falta de publicación del anuncio de licitación, la carencia o insuficiencia de crédito, etc. Por este motivo, consideramos que no es correcto jurídicamente acudir a la figura de la inexistencia como figura que permita soslayar la revisión de oficio y la nulidad de pleno derecho, y con ello la medida de la restitución.

No obstante, somos conscientes de la posibilidad y viabilidad de que el legislador introduzca la inexistencia como una nueva categoría de invalidez con sus propios procedimientos para ser declarada y con unos efectos, en su caso, diversos a la nulidad⁹⁵. Sin duda alguna, en un Estado democrático de derecho los conceptos jurídicos no pueden desplazar las normas dictadas con legitimidad democrática, de modo tal que los conceptos jurídicos no pueden representar un límite a la actividad del legislador ni pueden, en consecuencia, sustituir al derecho positivo⁹⁶.

Precisamente, como señalábamos, distintos legisladores autonómicos⁹⁷ han realizado una regulación *ad hoc* para solventar el problema de la contratación verbal mediante la introducción de la categoría de la inexistencia del contrato, y, derivada de esta, del enriquecimiento injusto, instaurando un procedimiento para su reconocimiento, y modulando la medida de la restitución.

En este sentido la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las Administraciones públicas de las Illes Balears, se dicta, tal y como expresamente indica su exposición de motivos, y en concreto su artículo 39, con la finalidad de dar respuesta a los problemas que genera la contratación verbal irregular, dada la problemática suscitada por —según dice la propia norma— la insuficiente regulación de esta cuestión.

Según la exposición de motivos, “se tiene que entender que la inexistencia jurídica del contrato –a efectos del procedimiento que debe seguirse

95. Así lo defienden, de forma correcta, Blanco y Busquets (2024).

96. De forma certera lo expresa Díez Sastre (2018: 198-199, 115-116) cuando indica: “En principio los conceptos jurídicos no pueden representar un límite a la actividad de legislador ni pueden en consecuencia, sustituir al Derecho positivo [...] no cabe realizar un juicio de adecuación de las normas jurídicas a conceptos derivados mediante procesos de abstracción [...]. La elaboración de conceptos que se incardinan en un orden jurídico inmanente indisponible para el legislador puede seguir resultando tentadora. Al fin al cabo, supone arrogar a los juristas un papel muy relevante en el desarrollo del Derecho. Pero en un Estado democrático de Derecho los conceptos jurídicos no pueden desplazar a las normas dictadas con legitimidad democrática”.

97. Así, por ejemplo, el legislador de las Islas Baleares en la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears. Igualmente, el legislador de Cantabria en la Ley 12/2020, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, por la que se introduce un artículo en la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria.

para su declaración— prevalece respecto a los eventuales vicios de nulidad de los actos administrativos previos y separables, nulidad que solo tiene sentido, según indica, para el caso de contratos existentes, es decir, para el caso de contratos que, con independencia de su nulidad intrínseca como consecuencia de la eventual nulidad de los actos previos y separables, existen jurídicamente porque se formalizaron de acuerdo con lo exigido en la legislación contractual. Así pues, si jurídicamente el contrato no existe, deja de tener sentido cualquier análisis sobre su validez o nulidad en caso de haber existido”.

Al no existir contrato, la acción que se regula para exigir el pago de las facturas es el enriquecimiento injusto. Como indica la exposición de motivos, en el ámbito administrativo una vía para reparar este enriquecimiento injusto —cuando, dada la inexistencia jurídica del contrato, el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos no es el que procede realmente— podría ser el reconocimiento extrajudicial del crédito.

Indica la exposición de motivos de la Ley que, “a pesar de que este tipo de actuaciones —contrataciones irregulares y verbales—, que dan lugar a contratos jurídicamente inexistentes, son relativamente habituales, no hay una normativa específica que regule ni la declaración de la inexistencia del contrato, por un lado, ni la liquidación de este a consecuencia de la inexistencia jurídica declarada, por el otro. Esto es lo que se regula por medio de esta Ley, de forma que el acto declarativo de inexistencia del contrato se produzca en el marco de un procedimiento administrativo que se iniciará de oficio y que se tramitará de acuerdo con las previsiones generales del título IV de la Ley 39/2015, antes mencionada, sin necesidad de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Illes Balears, y de forma que, en ejecución de este acto declarativo, se pueda tramitar el reconocimiento extrajudicial del crédito inherente a la liquidación o regularización del contrato inexistente”.

Del mismo modo la Ley, en su artículo 39, apartado 3⁹⁸, regula la medida de la prestación a restituir, señalando, en principio, que la declaración de inexistencia jurídica del contrato comporta que el contrato entre en liquidación, teniéndose que restituir a las partes las cosas que hayan recibido en virtud de este y, si no es posible, el valor de mercado de las prestaciones

98. El apdo. 3 del art. 39 de la Ley balear indica textualmente: “3. La declaración de inexistencia jurídica del contrato a que se refieren el apartado anterior de este artículo, comporta que el contrato entre en liquidación, teniéndose que restituir a las partes las cosas que hayan recibido en virtud de este y, si no es posible, el valor de mercado de las prestaciones respectivas al tiempo de su realización, en el marco del procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos que se regula en el siguiente apartado”.

respectivas al tiempo de su realización⁹⁹, en el marco del procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos.

Ahora bien, en principio, dentro del valor de mercado no se incluye el beneficio industrial, beneficio que solo se incluirá si las prestaciones del proveedor cumplen dos requisitos: en concreto, que se hayan producido de buena fe, y que se realicen siguiendo órdenes de la Administración¹⁰⁰.

Como se comprueba, el legislador balear introduce, en primer lugar, una nueva categoría de invalidez, en concreto la inexistencia —que da lugar a una acción de enriquecimiento injusto autónoma—; en segundo lugar, regula la medida del enriquecimiento (valor de mercado menos beneficio industrial) y los presupuestos que lo modulan; y, en tercer lugar, regula un procedimiento que permite declarar la inexistencia.

Pues bien, a pesar de que, como hemos indicado, es viable la posibilidad de que el legislador introduzca la inexistencia como una nueva categoría de invalidez y la medida de la restitución derivada de la misma, debemos expresar que dicha posibilidad solo está permitida al legislador estatal, razón por la cual consideramos que la Ley balear, y cualquier otra que regule los efectos de la contratación verbal irregular, es inconstitucional y, por tanto, nula de pleno derecho.

Y la razón por la cual la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de las Islas Baleares, y cualquier otra ley autonómica que regule los efectos de la contratación verbal irregular, es inconstitucional, estriba en que la Constitución Española establece en su artículo 149.1, apartado 18, que corresponde al Estado la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y la competencia sobre el procedimiento administrativo común.

En este sentido la LCSP de 2017 considera básico todo el Capítulo IV (arts. 38 a 43) del Título I del Libro I, que regula el régimen de invalidez de los contratos y, en concreto, los tipos de invalidez, las distintas causas de

⁹⁹. Si bien posteriormente, en el apdo. 4, se fija otro momento para determinar el valor, en concreto el momento de encargar la prestación, que no tiene por qué coincidir con el momento de su realización.

¹⁰⁰. El apdo. 4, punto 3, del art. 39 de la Ley balear indica textualmente:

“3.º La valoración de los bienes entregados, de los servicios prestados o de las obras realizadas en cada caso, calculada a los precios de mercado vigentes en el momento de encargar la prestación, a los efectos de la regularización o liquidación que sea procedente, con la cuantificación correspondiente, la cual servirá de base a la propuesta de resolución del consejero o del máximo órgano unipersonal del ente a que se refiere la letra d) posterior.

En la valoración que se haga se puede proponer la inclusión del beneficio industrial previa ponderación de las circunstancias acontecidas en cada caso, siempre que las prestaciones del proveedor se hayan producido de buena fe y siguiendo órdenes de la administración”.

nulidad y, por supuesto, los efectos de la nulidad y el procedimiento para su declaración.

Precisamente, la normativa básica en materia de contratación tiene como objeto principal proporcionar las garantías de respeto y cumplimiento de los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un común tratamiento por parte de todas las Administraciones públicas; en definitiva, lo que las bases persiguen es que exista una regulación normativa común en todo el territorio nacional (STC 141/1993, FJ 5). Del mismo modo, y en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control de gasto, la normativa básica en materia de contratación persigue “una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa” [STC 84/2015, FJ 5 a)].

Igualmente, la competencia estatal relativa al “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE) habilita no solo a la aprobación de “normas establecidas con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos”, esto es, “la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto”: “iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos” (STC 50/1999, FJ 3), sino que también abarca las normas que “prescriben los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión, incluyendo las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento” (STC 227/1988, FJ 32).

Pues bien, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, las normas que rigen la preparación y adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos tienen, con carácter general, la consideración de básicas. Las que regulan los actos de preparación y adjudicación “pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las administraciones [SSTC 141/1993, FFJJ 5 y 6 b), y 56/2014, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos”, y “las reglas sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en cuanto que permiten salvaguardar los fines públicos a que sirven los contratos administrativos, forman parte de ese mínimo común denominador que caracteriza las bases en materia de contratación pública” [STC 84/2015, FJ 5 a)].

Sin duda alguna, el legislador estatal básico considera que la invalidez de los contratos y los efectos de la invalidez requieren unas normas, de apli-

cación en todo el territorio nacional, que aseguren a los ciudadanos un común tratamiento por parte de todas las Administraciones públicas.

Consideramos por ello que de la jurisprudencia constitucional expuesta se colige que una norma autonómica que crea un nuevo supuesto de invalidez, como es la inexistencia, y que regula de forma distinta a la normativa básica estatal los efectos de dicha invalidez y el procedimiento para su declaración, está introduciendo una regulación que vulnera las bases y que, obviamente, introduce un tratamiento diverso a los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas.

Podemos entender y compartimos que sea necesaria la introducción de una legislación sustantiva propia que regule los efectos derivados de la invalidez del contrato, regulación que se debe desmarcar de las soluciones adoptadas por el derecho civil, pero, sin duda alguna, dicha legislación debe ser estatal y aplicable en todo en territorio nacional y a todas las Administraciones públicas.

Creemos que la contratación del sector público, las necesidades a las que sirve y, sobre todo, los fondos públicos que pretende salvaguardar exigen una modificación normativa estatal que establezca una sustantividad propia en la regulación de los efectos de la nulidad de los contratos que evite, de este modo, la inseguridad jurídica existente, y que adecue la normativa al tráfico administrativo.

4

Conclusiones

Primera.- En los supuestos de contratación verbal irregular —aquellos en los que se acude a una contratación menor de forma irregular por fraccionamiento o en los que se lleva a cabo una modificación contractual o una prórroga sin que se den los presupuestos necesarios para proceder a las mismas—, a la hora de fijar el importe a abonar al contratista resulta del todo fundamental determinar previamente la fuente de la obligación de pago, en concreto si la fuente es la liquidación del contrato nulo o, por el contrario, el enriquecimiento injusto, y ello porque la medida de la prestación a restituir puede variar si acudimos a una u otra acción.

Segunda.- La vía correcta para la restitución de las prestaciones realizadas derivadas de la contratación verbal irregular es la liquidación del contrato nulo, a través de la revisión de oficio, y ello porque es la vía establecida expresamente en el artículo 42 de la LCSP y porque a través de la misma se realiza un reproche externo a la actuación ilegal de la Administración.

Tercera.- El valor que la Administración o los entes del sector público han de restituir a los contratistas no es ni el precio del contrato (ya sea el precio del contrato verbal ilegal o el precio de adjudicación del contrato original en las modificaciones o prórrogas) ni el valor de mercado menos el beneficio industrial, sino que se ha de restituir el valor de mercado de la obra, suministro o servicio irrestituible, que, por supuesto, incluye el beneficio industrial. En la nulidad el contrato es inválido y, por tanto, el precio que las partes pudieran haber pactado no ha de ser tenido en cuenta en la restitución, sin perjuicio de que el precio pueda servir de referencia o como indicador del valor objetivo, esto es, como un elemento probatorio del valor de mercado.

Acudir en la restitución, derivada de nulidad de la contratación verbal, al valor objetivo de mercado, tiene la ventaja de evitar que la Administración deba abonar el precio acordado por las partes cuando este sea superior al valor de mercado de la prestación, tratándose de una cautela frente a conductas que traten de facturar a la Administración mediante contratos verbales por encima de los precios de mercado.

Por el contrario, si en vez de acudir al valor de mercado se acude al precio y se descuenta del mismo el beneficio industrial, se estaría incentivando la contratación verbal irregular —y ello porque la parte garante de los procedimientos, que no es otra que la Administración, se estaría beneficiando de su propio incumplimiento, de modo tal que le resultaría más ventajoso acudir a una contratación ilegal que a una contratación conforme al procedimiento establecido—.

En definitiva, del artículo 42 de la LCSP se desprende que cada parte asume el riesgo de que la prestación realizada (y que se recupera mediante la restitución) valga menos que lo recibido, así como el riesgo de que la prestación recibida (y que se tiene que devolver con la restitución) valga más en comparación con la prestación realizada.

Cuarta.- El que se acuda al enriquecimiento injusto para llevar a cabo el pago de las prestaciones realizadas por los contratistas en contratos verbales irregulares es debido, fundamentalmente, a la dinámica propia de las relaciones entre Administración y contratista, a evitar acudir a la revisión de oficio de tales actuaciones —debido al reproche que dicha revisión produce en quienes han llevado a cabo la contratación y debido a la saturación que se produciría en el Consejo de Estado y en los consejos consultivos—, a razones de equidad y, por supuesto, a la confusión dogmática y a que la figura del enriquecimiento permite obtener resultados queridos por la Administración, en concreto, no pagar el valor de mercado.

La jurisprudencia admite la posibilidad de abonar la prestación realizada y derivada de un contrato verbal nulo sin necesidad de declarar formalmente la nulidad del contrato.

Consideramos dicha posibilidad errónea, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, el Código Civil y la LCSP, no recogen la prohibición general de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que, por el contrario, trasladan los problemas que el enriquecimiento sin causa pretende resolver al derecho de contratos y, en concreto, a la liquidación o restitución del contrato nulo, configurando, además, el enriquecimiento injusto como una acción de aplicación subsidiaria y residual.

En el caso de la contratación verbal irregular, acudir al enriquecimiento injusto no es técnicamente correcto, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico regula específicamente la acción de restitución en el actual artículo 42 de la LCSP, artículo que establece las consecuencias y los efectos de la nulidad de los contratos y que establece una acción específica para recuperar la prestación realizada y no abonada, regulando, además, el contenido de dicha acción.

Precisamente, el hecho de que la normativa regule acciones concretas y específicas para la obtención de la restitución tiene como consecuencia el que sean tales preceptos los que deban ser invocados, y no, por el contrario, el principio de enriquecimiento injusto.

Quinta.- Los efectos derivados de la nulidad del contrato (restitución y liquidación de prestaciones) son distintos de los derivados de la aplicación del principio de enriquecimiento injusto (restitución del enriquecimiento).

Acudir al enriquecimiento injusto va a tener como consecuencia que la medida de la prestación pueda variar con respecto a la regulada en el artículo 42 LCSP, pues los requisitos y presupuestos que determinan y modulan la medida de la prestación varían con respecto a los de la restitución derivada de la nulidad del contrato.

Sexta.- Con carácter general, la obligación de restitución por parte del enriquecido en los supuestos de enriquecimiento no transmisible es el valor de mercado del bien (al igual que la restitución en la nulidad), y dicho valor de mercado ni necesariamente ha de coincidir con el precio del contrato verbal ni mucho menos lleva aparejada la supresión del beneficio industrial.

No obstante, en supuestos de enriquecimiento impuesto o buena fe del enriquecido, la medida del enriquecimiento es el ahorro de gastos, esto es, el precio que el enriquecido hubiera teóricamente abonado por dicha prestación en circunstancias normales.

Finalmente, la medida del enriquecimiento coincidirá con el precio pactado, siempre y cuando tal fijación del precio no sea en sí misma la causa de invalidez o ineficacia del contrato.

La medida del enriquecimiento expuesta pudiera adecuarse mejor a los supuestos de contratación verbal de la Administración; el problema, reiteramos, es que la LCSP establece de manera expresa cómo proceder para determinar el valor de la prestación sin que, por tanto, sea posible acudir al enriquecimiento para determinar el valor de las prestaciones realizadas.

Séptima.- Creemos necesaria, por tanto, una reforma legislativa que adecue los efectos de la nulidad de los contratos administrativos a las necesidades de la Administración; en definitiva, es necesaria una regulación que se separe de la regulación civil, y otorgue una sustantividad propia a la regulación de los efectos derivados de la invalidez del contrato.

Ahora bien, dicha regulación ha de realizarse por el Estado, por ser una competencia estatal, mediante una modificación de la LCSP, sin que sea posible ni viable que dicha regulación se realice por parte de las comunidades autónomas.

Una ley autonómica —como la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de las Illes Balears— que crea un nuevo supuesto de invalidez, como es la inexistencia, y que regula de forma diversa a la normativa básica estatal los efectos de dicha invalidez y el procedimiento para la declaración de la misma, está introduciendo una regulación que vulnera las bases de la contratación y que, sin duda, introduce un tratamiento diverso a los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas.

5 Bibliografía

Alonso Pérez, M.^a T. (2007). Supuestos legales de eficacia ex nunc de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 701, 1005-1066.

Álvarez-Caperochipi, J. A. (1993). *El enriquecimiento sin causa* (3.^a ed.). Granada: Comares.

Basozabal Arrue, X. (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid: Civitas.

- (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. *InDret*, 4, 1-54.
- (2019). La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: Pautas para salir de un atolladero. *Revista de Derecho Civil*, 6 (2), 99-167.
- (2022). Resolución y restitución. En A. M. Morales Moreno (dir.). *Estudios de derecho de contratos* (pp. 57-90). Madrid: BOE.

- Bauzá Martorell, F. J. (2016). Contratación verbal e ingresos obtenidos ilícitamente. *Revista Española de la Función Consultiva*, 26, 89-104.
- Bech Serrat, J. M. (2019). *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Blanco Montañés, A. y Busquets López, M. Á. (2024). El contrato verbal como contrato jurídicamente inexistente: a propósito de un supuesto de inexistencia de contrato público en el Ordenamiento Jurídico balear. *Revista General de Derecho Administrativo*, 66. Disponible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1515556>.
- Bocanegra Sierra, R. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Madrid: Iustel.
- Calatayud Prats, I. (2023a). Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada? *Cuadernos de Derecho Local*, 62, 198-235.
- (2023b). Nulidad de contratos del sector público e indemnización de lucro cesante. *Revista General de Derecho Administrativo*, 62.
- Codina García-Andrade, X. (2019). *La modificación de los contratos del sector público*. Madrid: BOE.
- De Vicente González, J. L. (2005). Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local. *Revista de Administración Pública*, 168, 409-441.
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.^a Á. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson.
- Díez Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato* (Sexta Edición). Madrid: Civitas.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (2017). Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (pp. 273-318). Madrid: INAP.
 - (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Fariña Fariña, R. (2022). *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español. Análisis desde una perspectiva comparada con el derecho alemán*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- González Sanfiel, A. M. (2023). Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular. *Revista de Administración Pública*, 222, 99-137.
- Gris González, J. C. (2019). Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio: algunas cuestiones problemáticas. *Cuadernos de Derecho Local*, 51, 140-162.
- Lavilla Alsina, L. (1961). La revisión de oficio de los actos administrativos. *RAP*, 34, 53-98.
- López Beltrán de Heredia, C. (1995). *La nulidad contractual. Consecuencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Hellín, J. (2019). Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8, 113-126.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? *Revista CEF LEGAL*, 232, 81-118.
- Morales Moreno, A.-M. (2015). Presentación. En C. Jerez Delgado (coord.). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (pp. 23-25). Madrid: BOE.
- Orozco Muñoz, M. (2015). *El enriquecimiento injustificado*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez López, E. (2019). Los problemas jurídicos derivados de la contratación pública irregular en los municipios españoles. La revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos. *Revista de Derecho UNED*, 25, 89-126.
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Madrid: Marcial Pons.
- (2006). Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo. *Cuadernos de Derecho Local*, 12, 7-37.
- Ruiz Arranz, A. I. (2023). *La estructura de la restitución contractual*. Madrid: BOE.
- Santamaría Pastor, J. A. (1972). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- (2004). La invalidez de los contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas* (pp. 365-396). Madrid: Civitas.

- Sesma Sánchez, B. (2023). Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor. *Cuadernos de Derecho Local*, 62, 159-196.
- Soler Presas, A. (2018). La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio. *ADC*, tomo LXXI, fasc. IV, 1227-1276.
- Umerez Argaña, E. (2020). La restauración de la legalidad infringida por la contratación irregular. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 11, 437-497.
- Valero Escribano, J. I. (2015). La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares. *Revista Española de Control Externo*, XVII (50), 149-179.
- Zumaquero Gil, L. (2017). El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo. Hacia una armonización de la figura. *InDret*, 2, 1-53.