

G A \_ P

Gómez-Acebo & Pombo



# Contratos del Sector Público

---

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 151

# Responsabilidad contractual versus responsabilidad extracontractual

---

En la práctica diaria de la contratación pública de bienes y servicios, la Administración se enfrenta con bastante frecuencia con situaciones en las que se ve obligada a realizar determinadas actuaciones que, con objeto de dar continuidad a la prestación de un servicio o con la finalidad última de preservar un interés público, contravienen sin embargo los principios que presiden de la contratación desde el punto de vista formal. Algunas de estas actuaciones llevan asociada la consecuencia inevitable de tener que abonar al contratista el importe derivado de su actuación, pero ¿a través de qué vía? ¿En virtud de qué título?

En efecto, en muchas ocasiones la Administración Pública, ante determinadas circunstancias que exceden de lo ordinario, se ve obligada a realizar actuaciones que tienen como finalidad última la de satisfacer la misión que aquella tiene encomendada, pero que muchas veces contravienen los principios que inspiran y vertebran la contratación administrativa, además de conllevar el efecto inevitable del necesario abono al contratista de aquello que le corresponda.

*¿Por qué tienen lugar estas patologías de la contratación administrativa?<sup>1</sup>*

La mayoría de las veces como consecuencia del retraso en la adjudicación de un nuevo contrato para la prestación de determinado servicio, el antiguo contratista continúa prestándolo. Esto puede tener lugar

- Con la aquiescencia expresa o tácita de la Administración.
- Propiciándolo activamente la propia Administración.
- Y en ambos casos,

---

<sup>1</sup> Los supuestos y soluciones que se abordan en este artículo se inspiran directamente en la Doctrina del Consejo de Estado y en especial, en lo establecido en los dictámenes 89/2017, de 6 de julio, 842/2017 y 843/2017, de 20 de diciembre, 80/2019, de 21 de febrero, 81/2019, de 14 de marzo, 680/2019, de 26 de septiembre, 878/2019, de 16 de enero de 2020, 679/2019, de 24 de octubre, y 906/2019, de 6 de febrero de 2020, 1.112/2019 y 1.056/2019, de 5 de marzo de 2020, y en especial, el dictamen número 706/2021, de 27 de enero de 2022 (BOE.es - CE-D-2021-706).

- Sin responder a ninguna orden mínimamente formalizada.
- Respondiendo como máximo a una orden verbal de difícil acreditación<sup>2</sup>.

En otras ocasiones, existen órdenes de continuidad del servicio o de “prórroga contractual” algo más expresas, pero igualmente irregulares. También se producen en ocasiones órdenes expresas de desarrollar “trabajos complementarios” fuera del objeto del contrato, o bien contratos menores que se pretenden adjudicados sin apenas procedimiento o sin prestar atención al debido cumplimiento de las reglas formales cuya observancia se contempla en la Ley. También se produce, en ocasiones, una indebida e insuficiente declaración de emergencia; o la celebración de contratos verbales sin que concurriesen las rigurosas circunstancias excepcionales y de emergencia en las que únicamente están admitidos; y ocurre, en fin, también, una utilización irregular de la figura de los convenios de colaboración.

Todas estas situaciones ponen de relieve la existencia de graves infracciones en la contratación administrativa de las Administraciones implicadas<sup>3</sup>.

¿De qué vías dispone la Administración contratante para lograr el correspondiente abono de las cantidades debidas a los contratistas? Pues bien, las Administraciones concernidas suelen utilizar

principalmente dos vías procedimentales para resarcir a los afectados por los perjuicios que esas situaciones irregulares les causan:

- por una parte, la de la revisión de oficio de los actos o decisiones que dieron lugar a la prestación de dichos servicios sin la necesaria cobertura contractual, de modo que a la correspondiente declaración de nulidad se une el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de daños y perjuicios, tal y como ordena la legislación contractual (I); y,
- por otra parte, la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (II):
  - Como un supuesto derivado de la responsabilidad, en ocasiones se subsume bajo esta institución las reivindicaciones de pago fundadas en el enriquecimiento injusto de la Administración (III).

## 1. Revisión de oficio

Son bastantes las veces en las que la Administración inicia de oficio un procedimiento orientado a la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos o decisiones administrativas que dieron pie a la prestación de un servicio sin la debida cobertura contractual<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Incluso en ocasiones ha tenido lugar situaciones en las que escenario en el que, aunque llegó a haber una propuesta de adjudicación, el contrato no se adjudicó ni formalizó, pese a que, invocándose la urgencia del servicio, sus prestaciones se ejecutaron de forma inmediata, sin cobertura contractual, decidiéndose, finalmente, desistir del procedimiento contractual tramitado.

<sup>3</sup> El Consejo de Estado advierte en sus dictámenes – por todos el número 706/2021 – que es deber de la Administración actuar con previsión suficiente para garantizar que la contratación administrativa se ajusta a la legalidad, iniciando los procedimientos de contratación con la antelación suficiente o recurriendo, conforme a los procedimientos previstos en la legislación vigente, a utilizar las diversas soluciones permitidas para tales casos (contratación de emergencia, modificaciones del contrato o contratos complementarios).

<sup>4</sup> Así lo evidencia el Consejo de Estado, entre otros, en el dictamen número 606/2020/304/2020, de 27 de mayo de 2021.

Para articular la pretensión revisora, se acude al artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de la Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (al que se remite el artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en el que se contempla como un supuesto determinante de la nulidad de pleno derecho, el dictado de un acto administrativo en “ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido”.

Declarada esa nulidad de pleno derecho, procede acordar el pago de esas prestaciones en concepto de restitución recíproca o de indemnización (artículo 42.1 de la Ley 9/2017 y artículo 106.4 de la Ley 39/2015).

Esta solución no sólo resulta harto compleja en aquellos casos en los que no hay rastro alguno de los actos o decisiones por los que se encarga al contratista continuar con la prestación o realizar la prestación extraordinaria, sino que además comporta una distorsión de los perfiles de una institución que es de aplicación excepcional e interpretación estricta, en tanto que tiene como consecuencia la expulsión del ordenamiento jurídico de un acto administrativo válido y eficaz que ha producido sus efectos. Por ello, sólo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio.

## 2. Responsabilidad patrimonial

El recurso más habitual es, sin embargo, el de acudir a la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas<sup>5</sup> por el funcionamiento de los servicios de ella dependientes, consagrada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; es “una institución jurídica de cobertura de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquéllos no dispongan de vías específicas de resarcimiento, de modo que los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible”<sup>6</sup>.

En efecto, la figura de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica, como ocurre en el ámbito de la contratación.

## 3. Enriquecimiento injusto

Tampoco puede acudirse, o no sin grave quebranto de las categorías jurídicas y notable esfuerzo argumentativo, a la vía de la

<sup>5</sup> La expresión en ocasiones lleva a equívocos debido a la costumbre de hablar de RPA (responsabilidad patrimonial de la Administración) en el marco de los contratos, cuando en éstos, el régimen de indemnización de daños y perjuicios a cualquiera de las partes está disciplinado por el contenido del contrato, siendo por tanto una responsabilidad de naturaleza contractual y nunca extracontractual.

<sup>6</sup> Así lo ha venido reiterando el Consejo de Estado, entre otros, en los dictámenes de los expedientes números 1.796/2007, de 29 de noviembre, y 456/2012, de 10 de mayo.

responsabilidad fundada en la vulneración del principio del enriquecimiento injusto. Y ello fundamentalmente por dos razones:

- Por un lado, porque aunque existe una nutrida jurisprudencia que reconoce la operatividad del enriquecimiento injusto en el ámbito del ordenamiento jurídico administrativo<sup>7</sup>, el enriquecimiento injusto no es en sí mismo una vía procedimental por la que canalizar el pago, de oficio, de esas cantidades debidas por la Administración, sino una acción propia y singular del derecho administrativo, y distinta también de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 12 de diciembre de 2012), que requeriría su previo ejercicio por el interesado<sup>8</sup>.
- Por otro lado, porque la invocación del enriquecimiento injusto como fundamento jurídico en un procedimiento de responsabilidad extracontractual es una vía que, por general y supletoria, no puede acogerse en este tipo de casos que presentan un claro vínculo con una relación contractual, aunque esta se haya extinguido<sup>9</sup>.

En los casos antes descritos, el supuesto de hecho causante de la indemnización frecuen-

temente proviene de una relación contractual que previamente unía a la Administración y al contratista, o de un contrato que estaba en una avanzada fase de preparación -aunque sin llegarse a su adjudicación y formalización- y que, en todos estos supuestos, las prestaciones que deben compensarse están claramente vinculadas o relacionadas con ese previo contrato o con el que estaba culminándose.

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

#### 4. Responsabilidad contractual

Es la responsabilidad contractual la vía idónea para solventar la cuestión relativa al abono de las cantidades resultantes de la prestación de servicios o la realización de actividades extra muros del contrato, pero con claro origen o vínculo en éste.

Ahora bien, la vía de la responsabilidad contractual condiciona el cálculo del importe

---

<sup>7</sup> Exigiendo el concurso de cuatro requisitos para apreciar su existencia:

- a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido (en este caso, de la Administración),
- b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, siempre que no provenga del comportamiento de quien lo sufre (en este caso, el antiguo contratista),
- c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, y
- d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (en este caso, la desaparición de la causa originaria que era el contrato) (por todas, STS de 11 de mayo de 2004, recurso número 3554/1999).

<sup>8</sup> Así lo afirma el Consejo de Estado en el dictamen 706/2021 antes citado.

<sup>9</sup> La responsabilidad extracontractual por enriquecimiento injusto debe considerarse, por tanto, como una suerte de última *ratio*, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico.

que por dicho concepto debe satisfacerse al contratista, debiendo atender, como regla general, al precio establecido en el contrato.

Ello posibilita que la compensación de los servicios prestados sin título contractual habilitante se haga con carácter de restitución más que de resarcimiento.

---

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.