II. LA CONTRACTACIÓ IRREGULAR: CAUSES QUE LA MOTIVEN, PROBLEMÀTICA QUE SUSCITA I DIFERENTS VIES A SEGUIR PER A ABORDAR-NE UNA SOLUCIÓ JURÍDICA*

1. Introducció

L'anàlisi i estudi dels expedients sotmesos a dictamen d'aquesta Comissió Jurídica Assessora ha permès observar que des de fa temps les entitats de contractació del sector públic, en general, i les administracions públiques territorials en particular, en ocasions contracten verbalment la prestació de serveis, subministraments i obres, per diferents causes i amb un origen diferent. Aquestes causes es poden classificar, en funció del seu origen, en intrínseques al mateix òrgan de contractació o extrínseques a l'ens que contracta.

Entre les causes intrínseques, es troben situacions que han impedit a l'òrgan de contractació formalitzar un contracte seguint el procediment de licitació corresponent, bé perquè no hi ha hagut una concatenació entre el contracte que finalitza i el que ha de començar, sense haver-hi possibilitat de pròrroga, o bé perquè s'ha esgotat la pròrroga del contracte. Altres situacions deriven d'una manca de temps o de personal, és a dir d'una planificació organitzativa interna inadequada de l'ens contractant que impedeix arribar a temps per a formalitzar el contracte seguint la normativa de contractació pública. També apareixen situacions en què l'Administració demana prestacions addicionals durant el transcurs del contracte sense tramitar la modificació contractual oportuna.

Entre les causes extrínseques, s'observen com a més freqüents aquelles situacions en què, malgrat que l'òrgan de contractació ha iniciat amb temps suficient una nova licitació que permeti adjudicar el nou contracte un cop finalitzat el vigent, apareixen raons alienes a l'òrgan de contractació que li impedeixen arribar a temps, ja sigui perquè ha quedat deserta la licitació del procediment tramitat, ja sigui perquè s'ha interposat un recurs especial en matèria de contractació, entre d'altres. Així, doncs, la necessitat que es

---

* Treball elaborat per la Sra. Francesca Mas i Casanovas, lletrada responsable de Serveis Jurídics Generals de la Comissió Jurídica Assessora.

continuï prestant el contracte i la protecció de l'interès general que porta implícit esdevé el motiu perquè l'òrgan contractant hagi d'acudir a la contractació verbal.

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant LCSP), només preveu un supòsit excepcional en què es permet que les entitats del sector públic puguin contractar verbalment, regulat en l'article 37: "1. Les entitats del sector públic no poden contractar verbalment, llevat que el contracte tingui, de conformitat amb el [que] assenyala l'article 120.1, caràcter d'emergència." D'acord amb l'article 120 que s'hi esmenta, "L'òrgan de contractació [...] pot ordenar l'execució del que sigui necessari per posar remei a l'esdeveniment produït o satisfer la necessitat sobrevinguda, o contractar lliurement el seu objecte, en tot o en part, sense subjectar-se als requisits formals que estableix aquesta Llei, fins i tot el de l'existència de crèdit suficient." S'ha de produir, doncs, una declaració de situació d'emergència i, en el context d'aquesta, ha d'existir una situació concreta que impedeixi que es porti a terme un procediment formal de contractació.

Aquests preceptes citats que prohibeixen la contractació verbal, llevat dels casos d'emergència, s'han anat reproduint en la legislació de contractes de les administracions públiques tradicionalment, seguint el principi formalista de la contractació administrativa. Cal tenir en compte, però, que la contractació verbal per raons d'emergència comporta unes condicions específiques i uns límits, com són la causa legal que la justifiqui i la immediatesa en l'execució.

No obstant això, la pràctica de la funció consultiva mostra que les entitats del sector públic porten a terme la contractació verbal en supòsits que no es corresponen amb situacions d'emergència, per les raons abans exposades. La conseqüència d'aquesta manera de procedir, que es coneix en la doctrina com a "contractació irregular", comporta un problema per a l'ens contractant, que és com fer front al pagament de les despeses generades en l'execució de les prestacions encarregades verbalment o de fet i que les contractistes reclamen mitjançant la presentació de les factures corresponents.

La irregularitat que comporta l'execució de contractes sense comptar amb una cobertura contractual vàlida, i per tant, contravenint el procediment legalment establert, no obsta perquè el contractista hagi de ser retribuït per les prestacions executades, d'acord amb el principi d'enriquiment injust de l'Administració, i en conseqüència existeix per part dels ens contractants l'obligació d'abonar a l'entitat interessada els treballs efectuats.

Des de fa temps, han estat diversos els expedients que s'han sotmès a dictamen d'aquesta Comissió Jurídica Assessora vinculats amb la necessitat de fer front als pagaments de les despeses que les contractistes reclamen a l'ens contractant, i han arribat per diferents vies en els darrers anys. Concretament, a través del procediment de responsabilitat patrimonial de l'Administració i del procediment de revisió d'ofici. Durant l'any 2020 no ha estat una excepció.

2. Diferents vies existents per a abordar jurídicament la solució de la contractació irregular

Tres han estat les diferents vies reconegudes per la doctrina dels òrgans consultius, encara que no d'una manera unànime, per a fer front al pagament de les despeses generades arran d'una contractació irregular: la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública, el reconeixement extrajudicial de crèdits, i la revisió d'ofici. Totes elles presenten un denominador comú, que és que es plantegen com a conseqüència d'una contractació prohibida en la legislació dels contractes del sector públic i, per això, qualsevol d'elles s'ha de considerar una via de solució excepcional que no es pot acollir com una pràctica normal i ordinària, ja que suposen una vulneració de la legislació de contractes del sector públic que no té cabuda a l'ordenament, perquè contravenen els principis de la contractació que tenen per finalitat garantir els principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; com també assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, i el principi d'integritat, una utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, tal com preceptua l'avui article 1 de l'LCSP.

A l'efecte del que ara interessa, s'analitzen dos dels procediments a través dels quals les entitats del sector públic han vehiculat el pagament de les factures presentades pels contractistes, atès que es tracta de dos procediments en què preceptivament ha d'intervenir aquesta Comissió Jurídica Assessora: són el procediment de responsabilitat patrimonial de l'Administració i el procediment de revisió d'ofici. Amb caràcter residual es tractarà molt breument el reconeixement extrajudicial de crèdits, com una eina legal adreçada a poder fer efectiu els pagaments generats sense cobertura contractual

prevista pel legislador, atès que no es tracta d'un procediment en què els òrgans consultius intervinguin preceptivament.

2. 1. *La via de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública*

En relació amb la utilització de la via del procediment de responsabilitat patrimonial per fer efectius els pagaments de la prestació de determinats serveis contractats irregularment, aquesta Comissió durant l'any 2020 ha tingut ocasió novament de pronunciar-s'hi en el marc d'una petició formulada per una entitat local, en l'expedient sobre el qual es va dictaminar amb el número 193/2020. L'objecte del Dictamen era el procediment de responsabilitat patrimonial instruït per un consell comarcal davant la reclamació formulada per una empresa que reclamava el pagament de diverses factures per la prestació del servei de transport escolar obligatori i no obligatori de determinades rutes del curs 2019-2020.

El consell comarcal havia qualificat la instància com a reclamació de responsabilitat patrimonial i va tramitar el procediment corresponent, amb la conformitat de l'empresa reclamant. De l'expedient es derivava que la meritació del pagament de les factures reclamades es produïa sense que s'hagués formalitzat un nou contracte, un cop finalitzats els contractes menors, i que l'empresa interessada havia prestat correctament els serveis de transport escolar, de conformitat amb les mateixes condicions amb què havia estat prestant els serveis derivats de les contractacions finalitzades. Per aquest motiu, s'havien conformat les referides factures. Fetes aquestes consideracions, el consell comarcal proposava que es reconegués la seva responsabilitat patrimonial "[...] per resultar inequívoca la relació de causalitat entre els serveis realitzats i la lesió reclamada", atès que l'empresa interessada "havia prestat correctament els serveis de transport escolar, la realització dels quals era necessària, en el curs escolar vigent, i la seva interrupció hauria causat greu perjudici als usuaris".

En relació amb la possibilitat de l'abonament de les factures, l'ens local estimava que la prestació del servei s'havia dut a terme "fora del marc del contracte de serveis extingit en el seu moment" i que, per tant, era una execució per via de fet que no es podia regularitzar en el marc de la legislació sobre contractes del sector públic. No obstant això, la situació fàctica esdevinguda en feia necessària la regularització, per la qual cosa es considerava que no dur a terme el pagament dels imports reclamats constituïa un enriquiment injust per part del consell comarcal, atès que l'empresa havia estat prestant

el servei. L'informe proposta de resolució proposava reconèixer la responsabilitat patrimonial del consell comarcal "per un import coincident amb el total de les factures presentades" per l'empresa interessada, i "autoritzar, disposar i reconèixer l'obligació de pagament de la despesa relativa a la responsabilitat patrimonial esmentada" amb càrrec a l'aplicació pressupostària i exercici que s'hi indicaven.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora, en el Dictamen 193/2020 esmentat, inicialment ha considerat, coincidint amb l'ens local, que en el cas examinat, en què l'empresa interessada havia prestat efectivament un servei, sol·licitat per l'Administració i prestat a la seva satisfacció, calia evitar l'existència d'un enriquiment injust. Per tant, és necessari que el consell comarcal aboni la contraprestació econòmica corresponent a l'empresa interessada. Ha advertit, però, que l'import d'aquesta contraprestació no necessàriament ha de coincidir amb l'import total de les factures presentades. La quantia de la contraprestació, en efecte, s'ha de determinar tenint en compte les circumstàncies del cas concret i en atenció a la via procedimental escollida.

Malgrat la consideració inicial exposada, la Comissió s'ha pronunciat en el sentit que no és procedent el procediment de responsabilitat patrimonial de l'Administració, atès que aquest tipus de responsabilitat, que és extracontractual, no és aplicable quan la reclamació de quantitat se situa en un context on existeix un contracte (ja sigui el contracte anterior amb la pròrroga excepcional de l'article 29.4, darrer paràgraf de l'LCSP, l'anterior modificat irregularment en el seu element temporal, o bé un nou contracte verbal). Ha recordat, així mateix, que ja havia reiterat que s'ha d'acudir al procediment de responsabilitat patrimonial només en cas d'inexistència o no disposició d'altres vies per a resoldre la pretensió amb citació de dictàmens anteriors. Alhora, ha afegit que correspon a l'Administració, ateses les circumstàncies del cas concret, de determinar la via procedimental específica prevista per l'ordenament jurídic, que no és, en aquest tipus de supòsits, la pròpia de la responsabilitat patrimonial o extracontractual. En conseqüència, la conclusió del Dictamen ha estat que, en el cas examinat, no és procedent la via procedimental de la responsabilitat patrimonial de l'Administració,

En dictàmens d'anys anteriors, la Comissió ja havia anat considerant que la via de la responsabilitat patrimonial de l'Administració no era la més adequada, tot i que era més flexible en els seus pronunciaments i en alguns supòsits acabava per admetre aquesta via i dictaminar favorablement sobre la responsabilitat adduïda, com ara es veurà.

Així, l'any 2012 aquesta Comissió va analitzar en el Dictamen 394/2012 un expedient en què un ajuntament havia tramitat un procediment de responsabilitat patrimonial arran

d'unes factures presentades per una associació, en concepte de prestació de tres serveis d'atenció domiciliària. Es tractava, concretament, del servei d'atenció a la persona, del servei de neteja i, per últim, del servei de menjars a domicili, tots ells duts a terme per la contractista, un cop havia vençut el contracte de prestació del servei prèviament formalitzat entre ambdues entitats l'any 2008 i que havia finalitzat al principi del 2011. L'entitat reclamant va realitzar aquests serveis addicionals per tal de no perjudicar els usuaris en deixar-los sense servei, amb ple coneixement de l'entitat pública, que va declarar que en aquest ínterim estava preparant els plecs de condicions per a una nova licitació. La Comissió va ressaltar que aquestes asseveracions no podien esvair la constatació que l'actuació de l'Administració local sobre la qual ara es dictaminava era irregular i s'havia dut a terme prescindint totalment i absolutament d'allò que disposava la legislació de contractes. De l'expedient examinat no resultava mala fe del contractista, ni tampoc que aquest dugués a terme directament les prestacions per iniciativa pròpia. Per tant, aquest òrgan consultiu va considerar que es trobava davant d'una situació únicament justificable per aplicació del principi que calia garantir la continuïtat dels serveis públics i, en aquest supòsit concret, perquè les actuacions no es podien suspendre sense causar greus perjudicis als seus beneficiaris. D'acord amb aquestes consideracions, la Comissió va manifestar que si no es procedia a l'abonament dels serveis prestats "es produiria allò que en la doctrina es coneix com a enriquiment injust, contrari a la justícia distributiva i a la necessitat que aquesta sigui restablerta" i va concloure que era procedent estimar la reclamació instada.

Aquest pronunciament estava en la línia de la doctrina dels òrgans consultius i jurisdiccionals del moment, que s'havien decantat en nombroses ocasions posant de manifest les conseqüències derivades de realitzar prestacions a favor de l'Administració, com la que era objecte de dictamen, sense el suport contractual necessari i en què s'havia emprat, per a la seva solució, el principi de l'enriquiment injust, expressament admès pel Consell d'Estat, entre d'altres, en els dictàmens 88/2004 i 1008/2008; principi que també havia estat reiteradament aplicat per la jurisprudència, entre moltes altres, en les sentències del Tribunal Suprem de 21 de març de 1991, 24 juliol de 1992 i 13 de febrer, 28 d'abril i 12 de maig de 2008; decisions i doctrina que es reflectien directament en les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 12 de març de 2010 i de 20 de desembre de 2000. A l'empara d'aquest principi, la Comissió va procedir a estimar la reclamació instada davant l'ens contractant. No obstant això, va posar de manifest que el fet que s'estimés una obligació de pagament es feia, sovint, en aquells pronunciaments:

> "[...] sense perjudici de l'eventual responsabilitat en què hagin pogut incórrer les seves autoritats i funcionaris (*vid*., entre d'altres, Sentència del Tribunal Suprem de 24 de juliol de 1992 i Dictamen del Consell d'Estat 88/2004)."

Posteriorment, l'any 2013, aquesta Comissió Jurídica Assessora va analitzar en el Dictamen 269/2013 la reclamació instada per una mercantil davant d'un ajuntament en relació amb el pagament d'una factura en concepte dels serveis prestats a aquest ajuntament corresponents a la neteja de les escoles i d'altres edificis municipals realitzats el mes de novembre de 2012. Els serveis es van dur a terme un cop havia vençut el contracte formalitzat prèviament entre ambdues entitats i que va finalitzar, després de dues pròrrogues expresses, el 31 de juliol de 2011. L'entitat reclamant va realitzar aquests serveis addicionals –pels quals es va reclamar el pagament de les factures– per tal de no perjudicar la continuïtat de la prestació, i ho va fer amb ple coneixement de l'entitat pública, que declarava que en aquest ínterim estava preparant la nova licitació. L'Ajuntament, doncs, va permetre els serveis, en proposava l'abonament i els reconeixia, de manera que en la proposta de resolució acceptava, en els mateixos termes, i, per tant, en igual quantia, la reclamació sol·licitada per la mercantil contractista.

La Comissió Jurídica Assessora, en aquest expedient sotmès a dictamen, i atès que les actuacions de la contractista amb posterioritat a l'extinció del contracte eren conegudes i també reconegudes, va emetre el seu parer en el mateix sentit que en el referit Dictamen 394/2012. Però va recordar un cop més la cautela que:

> "La responsabilitat patrimonial de l'Administració es genera per la producció de danys antijurídics amb motiu del funcionament dels serveis públics, o com a derivació d'aquest, però no comprèn la totalitat de supòsits en què, en les relacions dels particulars amb l'Administració, aquests poden resultar perjudicats."

I va afegir que, no obstant això:

> "[...] no comprèn les conseqüències de decisions administratives que tenen per objecte precisament privar o restringir els drets o interessos dels particulars, com succeeix en els procediments ablatoris i, singularment, amb l'expropiació forçosa, ni tampoc els perjudicis que es puguin produir en el marc de relacions contractuals o concessionals entre l'Administració i els que esdevenen part en aquestes relacions" (més recentment, *vid*. Dictamen 168/2013).

Aquesta cautela, va manifestar la Comissió, és significativa, perquè aquesta "ha d'informar preceptivament sobre els expedients de responsabilitat patrimonial, però, en

canvi, no té atribuïda amb caràcter general aquesta funció respecte de la responsabilitat contractual o de l'execució dels contractes administratius", malgrat que va recordar que, tot i l'anterior, en alguna ocasió, la Comissió no havia objectat que es poguessin garantir els drets dels particulars a partir d'aquest procediment, vinculats amb relacions contractuals prèvies, fins i tot més enllà de la seva extinció, quan s'havia produït un enriquiment injust o sense causa de l'Administració i no hi havia cap altra via possible de rescabalament. Va tornar a destacar que una asseveració com aquesta no podia esvair la constatació que l'actuació de l'Administració local sobre la qual es dictaminava era del tot irregular i que s'havia dut a terme prescindint totalment i absolutament d'allò que disposava la legislació de contractes. Aquesta situació que s'havia perllongat en el temps havia constituït un *modus operandi*, i, per tant, una problemàtica que no era en cap cas ni puntual ni excepcional. Tot i això, aquesta Comissió va tornar a recordar que aquest mecanisme, preconitzat des de la mateixa Administració per a solucionar disfuncions com la que era objecte d'anàlisi, desnaturalitzava la institució de la responsabilitat patrimonial i el procediment corresponent, instrument jurídic no concebut amb l'objectiu de resoldre sistemàticament el pagament de les factures pendents relacionades amb un vincle contractual subjacent preexistent entre l'Administració i la peticionària. I va advertir que l'Administració local hauria d'explorar quins altres procediments possibilita l'ordenament jurídic per a reconèixer els deutes derivats de la prestació de serveis pels particulars, amb la intervenció, si escau, dels òrgans municipals corresponents. A més, i en un sentit que coincideix amb la jurisprudència i la doctrina consultiva, aquesta Comissió es va pronunciar, en qualsevol cas, sens perjudici de l'eventual responsabilitat en què hagin pogut incórrer autoritats i funcionaris. En la conclusió del Dictamen va estimar la reclamació.

En la *Memòria* de la Comissió Jurídica Assessora de l'any 2013 es va tractar aquesta qüestió sota els epígrafs "Reclamacions de quantitat que deriven de l'existència de determinades relacions contractuals o paccionades entre les parts",[22] i "Danys i perjudicis derivats de l'existència de relacions contractuals irregulars".[23] S'hi va ja plantejar la idoneïtat d'utilitzar el procediment de responsabilitat patrimonial per a resoldre aquesta qüestió. La Comissió, després d'analitzar i exposar els diversos dictàmens que s'havien emès en relació amb aquest supòsit de rescabalament als

22. *Memòria i anàlisi de doctrina 2013,* Comissió Jurídica Assessora, Barcelona, 2014, pàg. 100.

23. *Memòria i anàlisi de doctrina 2013,* Comissió Jurídica Assessora, Barcelona, 2014, pàg. 108.

contractistes per via del procediment de responsabilitat patrimonial, va concloure, fent un exercici de valoració dels expedients sotmesos a dictamen, que s'havien estimat les reclamacions tenint en compte diverses circumstàncies: l'existència d'un servei plenament prestat pel contractista sense que s'apreciés mala fe, ni que es dugués a terme per iniciativa pròpia, sinó a instància municipal; l'existència d'un enriquiment injust de l'Administració en el supòsit de denegar el reconeixement del crèdit al particular; el tipus de servei públic prestat i els greus perjudicis que s'haurien pogut causar si aquest s'hagués interromput, i l'existència d'antecedents en la doctrina de l'òrgan de la utilització d'aquest procediment per a garantir els drets dels particulars vinculats amb relacions contractuals prèvies. Ara bé, tot i aquesta estimació, la Comissió va creure necessari incloure la precaució següent: "[…] es desnaturalitza la institució de la responsabilitat patrimonial i el procediment corresponent, instrument jurídic no concebut amb l'objectiu de resoldre sistemàticament el pagament de les factures pendents relacionades amb un vincle contractual subjacent preexistent entre l'Administració i la peticionària." I ja va apuntar que, òbviament, no resultava desproporcionat acudir a la figura de la revisió d'ofici com a solució jurídica davant l'existència d'aquestes pràctiques irregulars, atès que, com és sabut, s'incorria en causa de nul·litat de ple dret si s'adjudicava un contracte de forma verbal contràriament a l'establert en l'article 28 del TRLCSP o prescindint totalment i absoluta del procediment legalment establert (art. 32 TRLCSP i 62.1 LRJPAC). I va afegir que, de fet, ja havia conegut de peticions de dictamen sobre expedients de revisió d'ofici de contractes nuls o inexistents on el contractista sol·licitava el pagament de les prestacions contractuals acomplertes (dictàmens 147/2010, 235/2012 i 333/2012).

Fins aquí, doncs, aquesta Comissió era flexible a l'hora d'acceptar aquesta via procedimental per a fer front al pagament de les factures generades per prestacions executades sense un procediment contractual.

Mes endavant, l'any 2017, aquesta Comissió va endurir la seva posició. Així, en el Dictamen 69/2017, emès amb motiu de l'anàlisi d'un expedient sotmès a consulta preceptiva per la via del procediment de responsabilitat patrimonial per part d'un ajuntament, tramitat a instàncies d'una mercantil, pels danys i perjudicis derivats d'haver realitzat l'obra de desplaçament d'una canonada de subministrament de gas natural ubicada per a emplaçar-la en un altre indret diferent del previst en el projecte inicial, la posició de la Comissió va evolucionar cap a un altre sentit.

La proposta de l'Ajuntament, reflectida en l'informe jurídic del secretari municipal, concloïa en el sentit d'estimar la responsabilitat patrimonial municipal en considerar que hi concorrien els requisits previstos en l'article 139.1 de l'LRJPAC, atès que, a conseqüència del funcionament del servei municipal d'obres públiques i, en concret, de l'execució de l'obra pública municipal ordinària reformada, s'havia causat un perjudici a la instant, la qual havia hagut d'executar, al seu torn, l'obra de reposició del servei de gas afectat per l'obra municipal mitjançant el desplaçament de la canonada de gas al pont de l'antic ferrocarril.

La Comissió va determinar que el fons de l'assumpte a dictaminar se centrava en si hi havia responsabilitat patrimonial de l'Administració en el dany patit per la mercantil reclamant, pel fet que hagués suportat el cost de les obres de desplaçament de la canonada de subministrament de gas natural ubicada en un indret per a emplaçar-la a un altre, quan resultava que s'havia fet amb consentiment municipal i en substitució de les obres de desplaçament de la mateixa canonada, dins el mateix indret que l'Ajuntament anava a realitzar al seu càrrec. La Comissió, en tractar-se d'un àmbit contractual substancialment caracteritzat perquè hi havia un acord de voluntats entre les parts per a complir determinades prestacions, es va plantejar novament si l'acció de responsabilitat patrimonial era la via idònia.

En aquest dictamen la Comissió, després de fer un recordatori dels pronunciaments dels òrgans consultius sobre l'acceptació de seguir aquesta via, dels dictàmens del Consell d'Estat i dels propis de la Comissió, davant d'altres vies per a resoldre la pretensió, es va pronunciar en el sentit que els danys adduïts per la mercantil s'haurien hagut d'articular mitjançant una reclamació destinada al cobrament d'una mera obligació derivada d'un acord entre les parts, concretament de l'obligació que l'Ajuntament havia de pagar a la gasística el cost de les obres que aquesta va haver de suportar arran de la modificació introduïda en un projecte municipal acordada entre les dues parts, fins i tot, en el seu aspecte quantitatiu. En suma, aquesta Comissió va considerar que no resultava adient tramitar un procediment de responsabilitat patrimonial com el que se li sotmetia a dictamen perquè, ateses les circumstàncies del cas, no s'apreciava l'existència de lesió en els termes previstos per la normativa de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, i existien altres vies administratives més idònies perquè l'Ajuntament pogués realitzar el pagament per a extingir la seva obligació amb la gasística. Així, doncs, en la conclusió del dictamen, aquest òrgan consultiu va pronunciar-se en el sentit que, en no tractar-se d'una qüestió que s'hagués de resoldre per la via de la responsabilitat patrimonial, no era procedent informar sobre aquest

expedient. Aquesta posició és la que s'ha tornat a reproduir en el Dictamen 193/2020 i es manté actualment, la no-procedència de la via de la responsabilitat patrimonial per a resoldre aquestes situacions.

L'evolució de la línia doctrinal molt breument exposada mostra, doncs, que actualment la via de la responsabilitat patrimonial de l'Administració com a acció de rescabalament no és la procedent, a criteri d'aquesta Comissió Jurídica Assessora, per a resoldre la contractació irregular tal com es recull en la fonamentació jurídica i en la conclusió del Dictamen 193/2020, en no tractar-se d'una qüestió que s'hagi de resoldre per aquesta via; i per tant, la Comissió s'hi ha pronunciat desfavorablement.

Aquesta via del procediment de responsabilitat patrimonial per a rescabalar les contractistes davant d'una contractació irregular, com s'ha dit al començament, no és pacífica, com ho mostra el fet que hagi estat objecte d'un recurs de cassació per a unificació de doctrina davant el Tribunal Suprem. L'alt Tribunal, mitjançant interlocutòria de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Primera, de data recent, 12 de febrer de 2021, l'ha admès a tràmit per interès cassacional objectiu per a la formació de jurisprudència conforme als articles 88.2.a), b) i c) i 88.3.b) LJCA. El Tribunal Suprem precisa que la qüestió que té interès cassacional consisteix a determinar "*si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos, o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual*". Caldrà doncs esperar quin és el pronunciament del Tribunal Suprem i veure com incideix en la doctrina dels òrgans consultius i d'aquesta Comissió Jurídica Assessora.

2. 2. *El procediment de revisió d'ofici*

Durant l'any 2020, aquesta Comissió Jurídica Assessora ha tingut també oportunitat, amb ocasió de diversos expedients sotmesos a dictamen, d'analitzar i tractar supòsits de contractació irregular vehiculats a través del procediment de revisió d'ofici per nul·litat de ple dret, tramitats per diversos ajuntaments arran de factures presentades per contractistes per la prestació de serveis sense cap cobertura legal de contractació pública. Es tracta dels dictàmens 131/2020, 272/2020, 273/2020 i 302/2020. Una vegada

més s'ha suscitat, doncs, la qüestió que s'ha mantingut latent sobre quina és la via idònia per a solucionar jurídicament aquestes situacions derivades de contractacions irregulars.

En el Dictamen 131/2020, la qüestió de fons que s'ha plantejat és l'encàrrec verbal que un ajuntament havia efectuat a una empresa pel lliurament, muntatge i desmuntatge d'una estructura audiovisual i el vídeo representatiu, en relació amb la participació municipal en un congrés, així com el desenvolupament d'una activitat puntual durant els mesos de novembre i desembre de 2018. La revisió es fonamenta en la consideració de l'encàrrec verbal com un supòsit de contractació irregular i en la concurrència de la causa de nul·litat de ple dret de l'article 47.1.e) de l'LPAC (per remissió de l'article 39.1 de l'LCSP). L'argumentació que esgrimeix l'Ajuntament és la impossibilitat de finalitzar el procediment de contractació iniciat i la necessitat de fer l'encàrrec verbal per motius de gestió entre la consolidació de l'esdeveniment i la seva realització, i ho exposa en els termes següents: "des del departament de contractació ha estat del tot impossible poder gestionar la formalització de l'adjudicació d'un contracte negociat sense publicitat abans que finalitzés l'activitat, per la qual cosa s'ha requerit a l'empresa per la realització de l'objecte del servei per poder portar a terme correctament l'activitat de l'exposició." Davant d'això, l'Ajuntament ha sol·licitat a l'empresa interessada la prestació dels serveis. Complementàriament, la necessitat es justifica pel compromís existent per la participació de l'Ajuntament en el congrés i, paral·lelament, pel fet que és "un servei el qual resulta imprescindible per a portar a terme la participació".

En aquest cas, l'anàlisi de l'expedient sotmès a dictamen mostra que l'Administració inicialment va considerar que, atès que s'havia realitzat l'esdeveniment objecte del servei sol·licitat i amb motiu de la no-formalització d'una contractació, era oportú que la factura es gestionés mitjançant un reconeixement extrajudicial de crèdit en l'exercici en curs. Ateses les circumstàncies descrites, afirmava que l'actuació duta a terme per l'Ajuntament i pel contractista van tenir lloc sobre la base del principi de bona fe i confiança legítima, de manera que el desequilibri econòmic no es podia atribuir a la seva iniciativa, ni posava de manifest la seva voluntat maliciosa. No obstant això, la interventora general va emetre un informe en què, coincidint amb els informes jurídics precedents, va considerar que es tractava d'un supòsit de contractació irregular, viciat de nul·litat de ple dret (causa de l'article 47.1.e) de l'LPAC). I va advertir que la normativa vulnerada no només era la legislació de contractes, sinó que, a més, es detectaven dues contravencions normatives: l'omissió de la funció interventora de la fiscalització prèvia dels actes d'autorització o aprovació de despeses, disposició o compromisos de

despeses (articles 214 del TRLHL i 7.1.a) de l'RCI) i la vulneració dels principis pressupostaris d'especialitat temporal (article 176.1 del TRLHL) i d'anualitat d'execució (article 163 del TRLHL).

Aquesta Comissió, a la vista de l'expedient i dels informes que s'hi van incorporar, ha coincidit amb la proposta de resolució de qualificar l'encàrrec verbal fet com un supòsit de contractació irregular, amb infracció de l'ordenament jurídic per prescindir totalment i absolutament del procediment legalment establert i, en conseqüència, amb concurrència de la causa de nul·litat de ple dret de l'article 47.1.e) de l'LPAC. I ha mantingut aquesta doctrina en els dictàmens posteriors (272/2020, 273/2020 i 302/2020), com ja havia proposat i sostingut en dictàmens anteriors (244/2016 i 177/2019).

La Comissió ha recordat en l'esmentat Dictamen 131/2020 que existeix consens en la jurisprudència, la doctrina dels òrgans consultius i la doctrina científica sobre el fet que la solució jurídica als supòsits en què l'empresa ha prestat efectivament els serveis encarregats verbalment, però no ha rebut de l'Administració el pagament pactat, requereix una solució que ha d'aconseguir assegurar l'equilibri econòmic entre les parts, i per tant, cal evitar que es produeixi un benefici jurídicament injustificat, mitjançant la imposició a l'Administració de l'obligació de pagar a l'empresa una compensació econòmica per la prestació efectivament realitzada. No obstant això, ha posat en relleu que, si bé existeix una posició consensuada a partir d'aquest acord inicial de la doctrina, es constata l'existència d'una controvèrsia doctrinal en relació amb el fonament d'aquesta obligació: la nul·litat de l'encàrrec i per tant del contracte verbal; la producció d'un dany a l'empresa, o la prohibició d'enriquiment injust de l'Administració; així com la via procedimental a seguir (revisió, d'ofici, responsabilitat patrimonial de l'Administració o reconeixement extrajudicial de crèdit).

Un cop apuntades les diferents vies a seguir, en el Dictamen 131/2020 esmentat, la Comissió ha advertit, però, que s'havia de pronunciar en el marc del tipus concret de procediment sobre el qual ha de dictaminar, això és, en aquest cas examinat, un procediment de revisió d'ofici. I s'ha pronunciat en el sentit que, en supòsits com aquest d'encàrrecs verbals de prestacions contractuals, l'apreciació de la concurrència d'una causa de nul·litat de ple dret (article 47.1.e) de l'LPAC) justifica que l'Administració hagi d'exercitar la seva potestat de revisió d'ofici, amb remissió expressa al Dictamen 244/2016. I ha constatat que l'existència de nul·litat de ple dret ha de ser necessàriament declarada, i per conseqüent, jurídicament eliminada l'actuació administrativa viciada.

També ha destacat que la regulació de la revisió d'ofici en matèria de contractació pública ofereix mecanismes jurídics suficients per a garantir el restabliment de l'equilibri econòmic de les parts d'un contracte nul: l'obligació de restituir les prestacions i l'obligació d'indemnitzar els danys i perjudicis causats. I ha assenyalat que l'efecte de la nul·litat del contracte és la seva entrada en fase de liquidació. Al seu torn, l'efecte de la liquidació del contracte és el naixement de dues obligacions: En primer lloc, en tot cas, l'obligació d'ambdues parts d'una restitució recíproca de les prestacions. En la hipòtesi que no sigui possible la restitució *in natura*, se substitueix per la devolució del valor. En segon lloc, si escau, l'obligació de la part culpable d'indemnitzar a l'altra part els danys i perjudicis patits (article 42.1 de l'LCSP). També ha advertit que la tramitació i la decisió final sobre la procedència d'aquesta indemnització pot ser objecte del procediment de revisió d'ofici (article 106.4 de l'LPAC, en general, i l'esmentat article 42.1 de l'LCSP, en matèria contractual).

En suma, la Comissió Jurídica Assessora, en el Dictamen 131/2020, s'ha ratificat en la doctrina recollida en dictàmens anteriors, en què la posició que la via adequada per a resoldre jurídicament aquestes situacions d'encàrrecs sense cobertura legal és el procediment de revisió d'ofici (en igual sentit, dictàmens 272/2020, 273/2020 i 302/2020).

Ara bé, l'obligació legal de devolució del valor de les prestacions efectivament realitzades, quan no és possible la restitució *in natura*, suscita la qüestió sobre la seva quantificació concreta, i en particular, si s'ha d'incloure o no l'anomenat *benefici industrial*; aspecte que aquesta Comissió també ha tractat en el Dictamen 131/2020, en què ha destacat, en relació amb aquest punt, dos aspectes significatius: d'una banda, la manca d'una solució legal expressa, i d'una altra, que no es tracta d'una qüestió pacífica.

Si bé aquesta Comissió ja havia formulat algunes consideracions sobre la qüestió relativa al benefici industrial en el Dictamen 177/2019, en aquell moment, tot i que va referir-se a la doctrina dels òrgans consultius en la matèria, no es va posicionar sobre el fons per manca d'elements suficients de judici que permetessin saber quin coneixement tenia l'empresa sobre la il·legalitat de l'encàrrec que se li estava realitzant per, en conseqüència, detreure el benefici industrial del preu de la prestació ja executada. Aquesta posició l'havien sostinguda alguns òrgans consultius, que es decantaven per la tesi de no incloure en el preu a abonar el benefici industrial si l'empresa coneixia la

il·legalitat de la contractació realitzada al marge del procediment contractual corresponent.

Doncs bé, en el Dictamen131/2020, objecte de comentari, aquesta Comissió s'ha pronunciat efectuant un pas més enllà i, utilitzant la terminologia del Consell d'Estat, ha considerat que calia diferenciar entre el cost de la prestació i el preu del contracte. O bé en termes del Consell Consultiu d'Andalusia, entre els costos efectius i la resta de components retributius propis d'un contracte vàlid. El fonament sobre el qual es recolza aquesta posició és, d'acord amb el dictamen, el següent:

> "[...] l'obligació de l'Administració de fer el pagament al contractista, en la hipòtesi de contracte verbal, no deriva d'aquest contracte, que és nul de ple dret, sinó directament de la llei, en concret, de la previsió legal que imposa la restitució recíproca de les prestacions com a primer efecte de la liquidació del contracte nul (article 42.1 de l'LCSP). El pagament esmentat no es fa en compliment d'un contracte que, es reitera, és radicalment nul, de manera que el seu import no es correspon necessàriament amb el preu del contracte, sinó amb el cost d'allò que efectivament hagi realitzat el contractista. Aquesta afirmació és coherent amb la dinàmica pròpia de la nul·litat de ple dret: amb l'establiment de l'obligació de restitució recíproca de les prestacions, el legislador pretén la restauració de la situació existent abans de l'actuació administrativa nul·la. Pretensió que es fa realitat en la mesura que sigui possible: si no és possible la restitució *in natura*, se substitueix per la devolució del seu valor econòmic. En definitiva, la finalitat buscada per l'article 42.1 de l'LCSP és que ambdues parts tornin a l'estat anterior a l'encàrrec verbal i la realització de la prestació. És per aquest motiu que s'ha d'assolir que el contractista quedi indemne mitjançant l'abonament del cost efectiu de la seva actuació, però sense anar més enllà, en particular, sense obtenir el benefici industrial propi d'una contractació regular."

Un argument complementari a l'anterior, posat també de manifest en el dictamen esmentat, i de caràcter més pragmàtic, és no incentivar la pràctica irregular que constitueix la contractació verbal, a excepció dels casos de tramitació d'emergència. Malgrat que no es vulgui com a objectiu, aquest tipus de contractació irregular es pot entendre incentivat si el resultat final és, en tot cas, el pagament al contractista del preu íntegre del contracte.

Aquesta tesi descrita per la Comissió en el Dictamen 131/2020, és la que majoritàriament mantenen els òrgans consultius. Però amb una matisació important: encara que sigui excepcionalment, s'admet la inclusió del benefici industrial en el cas d'inexistència de culpa (dol o negligència) o bé de mala fe del contractista. En altres paraules, des d'un punt de vista substantiu, en aquella hipòtesi en què, ateses les

circumstàncies del cas concret, no es pugui afirmar que tenia coneixement de la irregularitat del contracte i, per tant, no sigui procedent la seva qualificació com a concausant de la seva nul·litat, s'admet la inclusió del benefici industrial. Comparteixen aquesta posició doctrinal altres òrgans consultius (Consell Consultiu d'Andalusia, Dictamen 200/2020; Consell Consultiu d'Aragó, Dictamen 5/2020; Consell Consultiu de les Illes Balears, Dictamen 38/2013; Comissió Jurídica de Madrid, Dictamen 513/2017; i Consell Consultiu de Múrcia, Dictamen 257/2014). I és aquesta també la posició defensada pel Consell d'Estat (per tots, dictàmens 552/2016, 506/2017 i 843/2017).

En resum, segons el criteri d'aquesta Comissió, el benefici industrial és un concepte que mai no s'ha d'incloure en el valor de la prestació efectivament realitzada (primer efecte de la liquidació del contracte nul), sinó que s'ha de reconduir, si escau, a la via indemnitzatòria dels danys i perjudicis originats per la part culpable (segon efecte de la liquidació del contracte nul).

Cal recordar, en aquest punt, que aquesta pretensió indemnitzatòria pot ser objecte del mateix procediment de revisió d'ofici, de manera que no és necessari incoar dos procediments diferents (de revisió d'ofici i de responsabilitat patrimonial). A més, el contractista pot reclamar tots els conceptes econòmics –no només el benefici industrial– que pugui acreditar com a danys. Cal, però, la concurrència dels requisits generals de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. Convé recordar, en aquest sentit, que l'Administració no pot al·legar desconeixement de la irregularitat de la contractació verbal, en els termes ja indicats.

3. El reconeixement extrajudicial de crèdit

Aquesta via jurídica del reconeixement extrajudicial de crèdit per a abordar la solució al problema del pagament de factures per execució de prestacions fora d'una cobertura contractual no s'ha abordat directament ni ha estat objecte d'estudi per part d'aquesta Comissió en els seus dictàmens, atès que no es tracta d'un procediment pròpiament dit, pel fet que té un caràcter intern de l'ens contractant i en el qual no està prevista la intervenció dels òrgans consultius. Tot i així, en alguna ocasió aquesta Comissió s'hi havia referit com a solució per a resoldre jurídicament la restitució econòmica derivada d'alguna irregularitat en el marc d'una contractació invàlida.

El legislador, conscient de l'existència d'actuacions irregulars en l'Administració pública i més concretament en les entitats que integren l'Administració local, va establir el mecanisme de l'expedient de reconeixement extrajudicial de crèdit com un instrument que possibilita la imputació en l'exercici corrent d'aquestes despeses; imputació que en principi estaria prohibida d'acord amb el principi d'anualitat pressupostària previst en els articles 163 del TRLHL i 26 del Reial decret 500/1990, de 20 d'abril.

El reconeixement extrajudicial de crèdits constitueix un instrument que permet imputar al pressupost municipal de l'exercici en curs despeses contretes durant exercicis anteriors corresponents a prestacions de serveis, subministres, béns o realització d'obres sense comptar amb l'oportú crèdit pressupostari o bé executades sense haver seguit el procediment legalment previst per a fer-ho. L'Administració local, bàsicament, tendeix a utilitzar aquesta via per a satisfer despeses indegudament originades en exercicis pressupostaris anteriors, la qual cosa permetria considerar que la finalitat de la figura jurídica no és cap altra que reconèixer l'existència d'obligacions per a les quals no s'hauria previst crèdit en el pressupost.

Malgrat que es tracta d'una eina excepcional que només s'hauria d'utilitzar en supòsits molt concrets per a donar solució a aspectes molt puntuals, a la pràctica s'ha anat utilitzant també com una via jurídica per a donar sortida a les "contractacions irregulars", específicament les verbals. La tramitació d'aquest expedient té com a finalitat última evitar el perjudici dels tercers de bona fe contractants amb l'Administració pública i evitar que es produeixi el correlatiu empobriment injust.

Aquesta via jurídica va ser tractada per aquesta Comissió en diversos dictàmens però d'una manera tangencial, per entendre, d'acord amb els casos concrets dels supòsits fàctics examinats (plantejats tots en seu de responsabilitat patrimonial), que no s'hauria d'acudir al procediment de responsabilitat patrimonial, atès que l'ordenament jurídic coneixia altres mecanismes més idonis, com podia ser l'expedient de reconeixement extrajudicial de crèdits (dictàmens 69/2017, 156/2017 i 192/2018).

Així, en el Dictamen 192/2018, el fons de l'assumpte se centrava a dictaminar si hi havia responsabilitat patrimonial de l'Administració en el dany patit per l'empresa adjudicatària d'un contracte de manteniment, pel fet que havia realitzat una sèrie de prestacions que excedien les previsions del contracte i, per tant, no s'havien pogut cobrar. Es discutia si el deute a satisfer per l'Ajuntament a l'empresa adjudicatària tenia naturalesa extracontractual i, per tant, el procediment adient seria el propi de la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques; o si, per contra, el deute tenia naturalesa

contractual i, per tant, el procediment adient seria el de reconeixement extrajudicial de crèdits.

A partir d'aquest plantejament que suscitava l'Ajuntament, la Comissió Jurídica Assessora va considerar que, en aquell cas, l'únic que s'havia produït eren unes prestacions de serveis que, dins el marc contractual en el qual es desenvolupaven, no estaven emparades amb la suficient consignació pressupostària. I, arran d'això, va entendre que es donaven els requisits per a aplicar l'expedient de reconeixement extrajudicial de crèdits, ja que s'havien realitzat una sèrie de prestacions en el marc contractual corresponent, que no s'advertia cap indici que s'hagués actuat de mala fe i que no hi havia suficient dotació pressupostària.

En els dictàmens esmentats aquesta Comissió Jurídica Assessora només s'havia mostrat favorable a utilitzar aquesta via en supòsits concrets, tots ells plantejats en seu de responsabilitat patrimonial, derivats d'un marc contractual en què no resultaria aplicable la nul·litat de ple dret de l'article 47.1.e) de l'LPAC.

La utilització d'aquesta via per a resoldre els pagament de factures no emparades contractualment es configura com una qüestió que planteja controvèrsies doctrinals i no és unànime en la doctrina dels òrgans consultius. Una prova d'això és que, durant l'any 2020, la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ha regulat legalment aquesta via a través de la Llei 2/2020, de 15 d'octubre, de mesures urgents i extraordinàries per a l'impuls de l'activitat econòmica i la simplificació administrativa en l'àmbit de les administracions públiques de les Illes Balears per a pal·liar els efectes de la crisi ocasionada per la COVID-19. En l'article 39 d'aquesta llei ha establert un procediment específic i, entre els arguments que es posen de manifest en l'exposició de motius, es troba el fet que no hi ha una normativa específica que reguli ni la declaració de la inexistència del contracte, ni la liquidació d'aquest a conseqüència de la inexistència jurídica declarada que no ha existit contracte, amb la inseguretat jurídica consegüent. El que es regula, doncs, és un procediment administratiu que s'ha d'iniciar d'ofici i que s'ha de tramitar d'acord amb les previsions generals del títol IV de l'LPAC, sense necessitat del dictamen preceptiu del Consell Consultiu de les Illes Balears, de manera que, en execució d'un acte declaratiu, es pot tramitar el reconeixement extrajudicial de crèdit davant la inexistència de contracte.

4. Consideracions finals

En els apartats anteriors s'han exposat els principals dictàmens de la Comissió de l'any 2020 i l'evolució de la seva doctrina reflectida en dictàmens anteriors sobre les diferents vies existents per a solucionar jurídicament les conseqüències de la contractació irregular. No obstant això, cal advertir, tal com s'ha posat en relleu al principi, que qualsevol d'aquestes ha de ser considerada una via de solució excepcional que no es pot acollir com una pràctica normal i ordinària, ja que suposen una vulneració de la legislació de contractes del sector públic que no té cabuda a l'ordenament, perquè contravenen els principis de la contractació que tenen per finalitat garantir els principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; i assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, i el principi d'integritat, una utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, tal com preceptua l'avui article 1 de l'LCSP.