

**OBRAS EJECUTADAS SIN LA COBERTURA DE UN CONTRATO:
ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

AUTORES:

Laura Cebrián Herranz. Letrada de la Comunidad de Madrid.

Jesús Ignacio Pascual Martín. Técnico Superior de Administración General de la
Comunidad de Madrid. Doctor en Derecho.

RESUMEN: Es objeto del presente artículo, el estudio desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial del principio general del derecho que proscribe el enriquecimiento injusto aplicado a la contratación administrativa; en concreto, el ocasionado como consecuencia de la realización de obras disconformes con el proyecto técnico previamente aprobado por la Administración. El análisis realizado comporta el estudio de los requisitos necesarios para que exista dicho enriquecimiento, su importe o valor de restitución, así como las diferencias existentes entre el citado principio y la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

PALABRAS CLAVE: Proyecto, contrato de obras, enriquecimiento injusto, responsabilidad patrimonial.

ABSTRACT: The article includes a jurisprudential and doctrinal study about the figure of the unjust enrichment as a consequence of Works carried out without contract. It is also verified a study of the requirements, the amount to satisfy and the differences between this institution and the patrimonial responsibility.

KEY WORDS: Project, works contract, unjust enrichment, patrimonial responsibility.

OBRAS EJECUTADAS SIN LA COBERTURA DE CONTRATO: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

1. EL PROYECTO COMO OBJETO DEL CONTRATO Y LOS DENOMINADOS “REFORMADOS ANTICIPADOS”.

La definición del proyecto técnico como documento delimitador del objeto del contrato de obras¹ se establece de forma taxativa en el artículo 231 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP de 2017) de acuerdo con el cual, “*la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato*”, añadiendo la misma norma en su artículo 238.1, que “*las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la Dirección facultativa de las obras*”². Consecuentemente, la ejecución por parte del contratista de las obras separándose de lo previsto en el proyecto sin la previa aprobación, en los supuestos en los que sea admisible, de una modificación del contrato -con la excepción de los excesos de medición hasta un importe del 10% del precio del contrato inicial³-, supone una alteración del objeto del contrato de obras y, por lo tanto, una irregular modificación, *de facto*, del mismo en los propios términos expresados por el Consejo de Estado en su dictamen de 11 de octubre de 1995 (expediente 1834/1995):

“La modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado (...) hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido. Entre tales exigencias se

¹ Señala a este respecto el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón en su acuerdo 84/2015, de 10 de agosto, que el objeto del contrato “son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica”.

² Como señala JURISTO SÁNCHEZ, Rafael -*El contrato de obra pública*. Madrid 1997. Pág. 83- “la exigencia de un proyecto que describa una obra de ingeniería o arquitectura, responde, según una estricta consideración jurídica, al principio de determinación del objeto del contrato”.

³ Art. 242.4.c) i de la LCSP de 2017.

encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).⁴

Cuando ello no es así, esto es, cuando se anticipa la ejecución de la obra a la tramitación del proyecto modificado, se produce lo que la doctrina ha calificado como "*reformado anticipado*"⁵, por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. A este respecto, el Consejo de Estado en no pocas ocasiones (entre otros, dictámenes 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero) ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública; todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades en que puede incurrir el funcionario que autoriza o consiente dicha actuación. Así lo exponía el Alto Cuerpo Consultivo en su dictamen de 8 de junio de 1990 (número 54.473), al considerar de capital relevancia que "*el procedimiento de modificación se configure como presupuesto de ese efecto novatorio y no de convalidación de una alteración ya producida*", siendo que (vid. dictamen de 21 de junio de 1990, número 54.400), "*de haberse realizado parte de las obras antes de que se aprobara el correspondiente proyecto reformado (...), procederá depurar las responsabilidades contraídas.*"⁶

La ejecución por el contratista de obras disconformes con el proyecto aprobado, ya sean diferentes o adicionales a las contempladas en el mismo, tiene importantes consecuencias puesto que, siendo el contrato de obras un contrato de resultado⁷, supone

⁴ Establece dicha cláusula en su apartado 1, que: "Ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente".

⁵ Vid. GÓNZALEZ BOTIJA, Fernando y RODRIGUEZ MORILLA, Jesús A. *El reformado anticipado en el contrato de obra pública*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2018.

⁶ Vid. en el mismo sentido, Dictamen de 23 de enero de 1992 (expediente 1629/199).

⁷ Los contratos de obras, apunta el Consejo de Estado en su dictamen de 28 de enero de 1999 (expediente: 3687/1998). "se conciben como negocios *de resultado*. Ello comporta la indivisibilidad jurídica de

la imposibilidad de que la Administración de por cumplido el mismo al no poder ser objeto de entrega dicho resultado tal y como se convino inicialmente⁸. Conviene así recordar que el artículo 210 de la LCSP de 2017 establece que “*el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación*”, cumplimiento que además, exige un acto formal y positivo de recepción o conformidad verificador de la realización del proyecto objeto del contrato. Correspondiendo pues las obras ejecutadas a obras que debieran haber estado amparadas en una previa modificación del contrato o no habiéndose ejecutado la totalidad del proyecto contratado, el contenido del acta de recepción deberá ser necesariamente desfavorable, no siendo posible, tal y como señala la STS de 16 de octubre de 2000 (Roj 7389/2000), introducir una diferenciación conceptual, “*entre incrementos de unidades de obra, excesos en la ejecución de las obras,*

aquéllos y de las obras que tienen por objeto, de tal suerte que ni pueden ser cumplidos por el contratista de forma sucesiva y si sólo total (mediante la realización y entrega de las obras en su integridad), ni la Administración queda obligada al pago, sino a partir de dicha entrega. Por lo tanto, el cumplimiento del contrato por el adjudicatario requiere la entrega de la obra de conformidad con lo pactado, para cuya comprobación sirven los actos de recepción provisional y definitiva, entre los cuales se inserta el plazo de garantía”.

⁸ En los propios términos que se expresan en el informe de 11 de marzo de 2003 de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, la recepción es: «un acto administrativo complejo, que implica por una parte la verificación de *que la obra se ha realizado a satisfacción de la Administración según el proyecto y sus posibles modificaciones reglamentariamente aprobadas*, y, por otra, como resultado de la verificación, la declaración de voluntad de la Administración de que la obra es aceptada por la misma, y su toma de posesión para ser destinada al uso o servicio público previsto (...). Como señala la Intervención General del Estado “*(...) La recepción de las obras por la Administración tiene como finalidad la realización de las comprobaciones que permitan determinar que la ejecución se ha ajustado al proyecto aprobado y no es el momento procesal oportuno para enjuiciar el mismo...* (Informe IGAE de 10/5/1994)”». Entendiendo, continua el informe, «que la recepción supone un juicio sobre la correcta ejecución de la obra, se levantará acta de recepción de conformidad, cuando se verifique la existencia de la obra y su realización por el contratista de acuerdo a las estipulaciones del proyecto aprobado, y sus posibles modificaciones reglamentariamente aprobadas, y, "a sensu contrario" no podría recibirse de conformidad la obra por el representante de la Administración ni emitirse informe favorable del Interventor, que concurra a la recepción en su función de comprobación material de la inversión, si verifica que la obra no se ha ejecutado conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas, al proyecto y sus modificaciones reglamentariamente aprobadas».

Por su parte, el punto decimoséptimo 3.2 de la **Resolución de 14 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado**, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión, establece para las modificaciones no tramitadas, que: En el acta se dejará constancia de esta circunstancia, poniendo de manifiesto la necesidad de posponer la recepción formal en tanto no se adopten las medidas correctoras correspondientes, previo cumplimiento de los trámites que exija la normativa aplicable en cada caso. Asimismo, en el supuesto de estar incurrido el expediente en un supuesto de omisión de la función interventora, se tendrá en cuenta el procedimiento previsto en el artículo 156 de la Ley General Presupuestaria y en el artículo 32 del Real Decreto 2188/1995. Una vez adoptadas las medidas correspondientes, el centro gestor procederá a convocar a la mayor brevedad el acto formal de recepción, incorporando entre las actuaciones el acuerdo de Consejo de Ministros por el que se convalida la omisión de la fiscalización previa del expediente de modificación”.

ejecución de obras complementarias necesarias para la conclusión del proyecto o modificaciones de las obras contempladas en el proyecto técnico. Siempre que se realizan obras, unidades de obras u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo, se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto”.

Por lo demás, la ejecución de obras distintas o adicionales a las previstas en el proyecto impediría que las mismas se abonasen al contratista, precisamente por no estar cubiertas por lo previsto en el contrato⁹. En este sentido y como señala REBOLLO PUIG, en ningún caso encontrará el empresario ni en el contrato ni en la ley, un derecho a cobrar esas prestaciones superiores y distintas a las inicialmente previstas sino que, al contrario, dicho cobro “*queda rotundamente rechazado en la legislación de contratos tanto para las prestaciones espontáneas del contratista como para las que deriven de un ejercicio invalido o sólo aparente de la potestas variandi*”¹⁰. Por ello, continúa apuntado el citado autor¹¹, “*ante prestaciones no contratadas y modificaciones no aprobadas no se reconoce en la legislación y en los pliegos ningún derecho al abono*”. Siendo así, no cabe sino preguntarse con DE VICENTE GONZÁLEZ¹², cuál sería la razón en virtud de la cual pueden ser eventualmente abonadas prestaciones que no han sido objeto de previa aprobación expresa por el órgano de contratación, habiéndose propuesto como posible fuente de la misma los cuasicontratos, la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en último término, el enriquecimiento injusto, fuentes alternativas más conformes con el origen de la obligación que con un irregular, por nulo, contrato administrativo.

⁹ REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.1994. Pág. 431.

¹⁰ El artículo 49 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre: “el contratista tiene derecho al abono, con arreglo a los precios convenidos, de la obra que realmente ejecute con sujeción al proyecto que sirvió de base a la licitación, a sus modificaciones aprobadas y a las órdenes dadas por escrito por la Administración”.

¹¹ REBOLLO PUIG, Op. cit. Pág. 432.

¹² DE VICENTE GÓNZALEZ, José Luis. *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local*. Revista de Administración Pública, número 168. Madrid, septiembre-diciembre 2005. Págs. 413 y 414.

Pues bien, en este punto ya se puede avanzar que, en estos casos, el origen de la obligación de pago por parte de la Administración se encuentra en el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto y en la acción de reembolso que emana del mismo (*actio de in rem verso*). El simple hecho del enriquecimiento “*resulta así suficiente para generar la obligación de resarcimiento, nacida directamente de esta situación jurídica como sustitutiva o sustitutoria de actos o contratos que no llegaron a nacer o que lo hicieron desprovistos de sus elementos esenciales*” (STS de 16 de mayo de 1986. Roj: STS 10664/1986), no en vano, “*el enriquecimiento injusto puede considerarse como un principio general de Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico, principio complementario del fundamental axioma suum cuique tribuere, y como una acción que a través de la jurisprudencia se ha concretado hasta convertirse en una norma de aplicación inmediata*”¹³.

2. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y SUS REQUISITOS.

2.1. Aplicación a la contratación administrativa del principio general del Derecho que proscribe el enriquecimiento injusto.

Efectivamente, el impago de unas obras ya ejecutadas por el contratista, aunque sea de manera irregular, es un hecho que, cumpliendo determinados requisitos, genera, tal y como se ha encargado de significar doctrina y jurisprudencia, un enriquecimiento injusto en la Administración y, consecuentemente, una obligación de abono a su cargo¹⁴. No puede olvidar la Administración, significa la STS de 22 de septiembre de 1986 (Roj: STS 14405/1986), “*que las obligaciones nacen no sólo de los contratos sino de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos*” y que tal precepto, contenido en el artículo 1.089 del Código Civil, “*es también aplicable a los actos en que interviene la Administración y específicamente en aquellos supuestos en que la*

¹³ Vid. SANTOS BRIZ, Jaime. Artículo 1887. *Comentarios al Código civil*. Tomo XXIV. Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil. Edersa 2007. No se menciona la página por haber sido consultada en formato electrónico.

¹⁴ En este sentido, “la jurisprudencia ha entendido con cierta unanimidad que cuando el origen de la obligación no puede centrarse en el contrato, pues éste es nulo o inexistente, y se ha producido una prestación de tal manera que en ningún momento se pueda establecer que en ellos tenga su origen la legalidad de las deudas reclamadas, sino que ésta se basa directamente en el hecho de que las prestaciones a las que se refieren los reconocimientos han sido efectivamente realizadas, si éstas no son satisfechas por la Administración, lo que se produce es un enriquecimiento injusto” (vid. DE VICENTE GÓNZALEZ, José Luis. Op. cit. 415).

Administración consiente una actividad del particular que la beneficia, al margen de los procedimientos legalmente establecidos; la inexistencia de expediente de contratación podrá dar lugar a responsabilidades de diverso orden en los titulares de los órganos administrativos que las consintieron y que la Administración haría muy bien en exigir. Pero es absolutamente impropio denegar su importe fundándose en vicios formales que le son a ella imputables, pues se llegaría a la inadmisibile conclusión de que después de haber incumplido la Administración sus propias normas, y haberse beneficiado de la actividad del particular, no tendría que pagar su contraprestación, precisamente por haber incumplido sus normas”; todo ello, añadimos nosotros, en aplicación de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁵.

En este sentido, señala REBOLLO PUIG¹⁶, en el Derecho administrativo, al igual que ocurre en el Derecho civil, ámbito en el que se forma este principio general¹⁷, la jurisprudencia y la doctrina se refieren al principio general que proscribe el enriquecimiento sin causa como una concreta fuente de obligaciones, diferenciadas de las que tienen su origen en otros institutos como los contratos o la responsabilidad por daños patrimoniales, que engendra “*una obligación de restitución del valor de la ventaja ingresada en virtud de una atribución patrimonial sin causa que, pese a su anomalía, se consiente o consolida por el ordenamiento*”, y que parte de la ruptura de un equilibrio patrimonial que no tendría otra forma de restaurarse que la denominada *actio de in rem verso* o lo que es lo mismo, de una acción personal frente a la Administración enriquecida

¹⁵ Sobre la aplicación de esta regla en el ámbito administrativo vid. REBOLLO PUIG, Manuel. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Documentación Administrativa. Nº 263-264 (mayo-diciembre 2002) Págs. 185 a 221.

¹⁶ Op. cit. Pág. 161.

¹⁷ Sobre el enriquecimiento injusto son de referencia (aparte de las obras civilistas generales) las siguientes monografías: ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Editorial Comares, Granada 1989; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, discurso leído el 14 de diciembre de 1987 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1987); DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa, publicado conjuntamente con el citado discurso de DIEZ PICAZO como Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Civitas 1991; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. Revista Crítica de D. Inmobiliario, 1969, págs. 569 a 603; NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934. Revista general de legislación y jurisprudencia, Vol. 83, Nº 165, 1934; y ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «*El enriquecimiento sin causa*», en Estudios de Derecho privado, Madrid, 1948, págs. 485 y ss. En el ámbito del Derecho administrativo la obra de referencia es: REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Madrid: Marcial Pons 1994.

que, por lo demás, no se encamina a la devolución de las cosas o a deshacer la atribución patrimonial operada, sino a la restitución del valor de la prestación efectuada sin causa¹⁸. En este sentido, y en palabras de LACRUZ¹⁹, “*la obligación de restituir lo prestado, atribuido o apropiado sin causa, no es contractual (pues no proviene de contrato), ni delictual (pues aunque en su nacimiento parte a veces de un acto ilícito, la obligación surge con independencia de la ilicitud), ni legal (pues media siempre un hecho actual en su originación)*”.

De acuerdo con la anterior construcción, la Administración viene abonando a los contratistas las obras realizadas irregularmente sin la cobertura de un previo contrato en los términos expresados por el Tribunal Supremo en la muy explicativa Sentencia de 20 octubre de 1987 (Roj: STS 6542/1987):

«La aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los *excesos sobre el proyecto* siempre que hubieren sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de la Administración habiéndose entendido en algunos casos que no se producía alteración sustancial del proyecto sino meramente de detalle, y habiéndose llegado en otros a afirmar que si fueron efectivamente ordenadas las obras, los vicios existentes en las órdenes como consecuencia del incumplimiento de alguno de los citados requisitos de competencia o procedimiento del artículo 54, al no ser imputables al contratista, no podían oponerse a que el mismo percibiere su importe sin perjuicio de las responsabilidades de quienes las hubieren emitido ilegalmente (Sentencias de esta Sala de 30 de septiembre y 10 de octubre de 1963, 16 de diciembre de 1974, 15 de marzo de 1978, 12 de febrero de 1979, 21 de noviembre de 1981, 20 de diciembre de 1983, 24 de enero, 27 de febrero y 13 de julio de 1984, 20 de marzo y 18 de junio de 1985); y es que como hacen notar las sentencias de 22 de junio de 1982 y de 12 de junio de 1984, la legitimación de esta clase de pretensiones reclamatorias del importe de las obras efectivamente realizadas pero no comprendidas expresamente en el presupuesto, si bien no se puede corregir a través de la técnica de la «negotiorum gestio» por existir una relación contractual, se debe solventar aplicando la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa que ya en el derecho histórico dio lugar a que se le considerara origen de una de las figuras del cuasicontrato; apareciendo en el «Corpus iuris» en el que actuaba como base y medida de la responsabilidad origen de una «condictio» que posibilitaba la reclamación reparadora; institución ésta del enriquecimiento sin causa que, como es sabido, pasó a nuestro derecho a través de «las Partidas» (Partida 7.a, Libro XVII, Título 34) y que aunque no fue recogida por nuestro Código Civil por su supeditación al Código Napoleónico, ello no ha impedido la elaboración de una doctrina jurisprudencial constante y uniforme de la que son ejemplo las Sentencias citadas más arriba y con carácter más general las más antiguas de 2 de mayo de 1960, 12 de mayo de 1964, 16 de

¹⁸ El principio general que proscribe el enriquecimiento injusto o sin causa, en palabras del propio REBOLLO PUIG –Op, cit. Pág. 12- “no sería más que la base en que sustentar la acción a falta de una regulación positivo (...) Dicho de otro modo: sería una fuente de obligaciones, obligaciones que se hacen efectivas a través de la acción”.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969. Pág. 579.

marzo de 1965, 4 de julio de 1966, 26 de marzo de 1969, 10 de marzo de 1972 y 22 de enero de 1975, entre otras; habiéndose articulado procesalmente este principio desde la época romana mediante el ejercicio de la «actio in rem verso» como señala la ya citada Sentencia de 22 de junio de 1982; y como dice la de 12 de junio de 1984, con cita del art. 7,1 del Código Civil y de reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el principio de la buena fe viene a reforzar también el derecho a formular esta reclamación, pues no se puede concebir en un Estado de Derecho inspirado en la justicia, que unas obras como las de autos, efectuadas por la contratista en las circunstancias narradas y por expresa indicación de su Dirección Facultativa, pudieran quedar sin la correspondiente compensación; todo ello sin perjuicio, como es lógico, de las acciones de que la Diputación pudiere verse asistida para reclamar en su caso el reembolso del Ayuntamiento en lo que pudiera ser a su cargo o de las eventuales responsabilidades que pudieren solicitarse de la Dirección Facultativa en el supuesto hipotético de que hubiere lugar a ellas.»²⁰.

Esta jurisprudencia ha sido asumida por el Consejo de Estado en su doctrina en la que reitera que, pese a lo irregular de las obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato, procede su pago en aplicación de la doctrina que veda el enriquecimiento injusto²¹. De esta forma, la teoría del enriquecimiento injusto, aunque construida en el ámbito de la

²⁰ La **STS de 21 de marzo de 1991** (Roj: STS 1731/1991) viene a incidir en lo anterior al señalar que: “el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”; añadiendo que en estos supuestos “*la causa del abono de la obra no es la causa del contrato -inexistente en lo formal-, sino la causa de que no se produzca un enriquecimiento y un empobrecimiento sin causa.*” Más recientemente insiste en unificación de doctrina la **STS de 28 de abril de 2008** (Roj: STS 1660/2008) –recordando a su vez sus sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002– que: “la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto”. En el mismo sentido vid. SSTS de 12 mayo 2008 (Roj: STS 2465/2008); de 23 de marzo de 2015 (Roj: STS 1348/2015).

²¹ Así, señala en su dictamen de 16 de julio de 2009 (expediente 1026/2009): «El Consejo de Estado ha señalado en otras ocasiones (dictamen núm. 828/2003, de 29 de mayo) la irregularidad que comporta la ejecución de trabajos, sin haberse aprobado el oportuno proyecto reformado y, por tanto, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. Dicha actuación comporta una infracción de lo prevenido en la legislación de contratos que, de forma tajante, establece que ni la Administración, ni el contratista, ni ambos de consuno, pueden introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto de contrato sin la debida aprobación. Ello, aunque los trabajos adicionales ejecutados se pretendan basar en una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público. Lo pertinente, pues, hubiere sido aprobar la correspondiente modificación contractual. Y ello, por cuanto el procedimiento de aprobación de un proyecto modificado tiene por objeto valorar la pertinencia legal y la oportunidad de las variaciones a introducir en los trabajos inicialmente adjudicados en atención al interés público, a la disciplina presupuestaria y a las reglas rectoras de la contratación pública; en especial, a los principios de publicidad y concurrencia que aseguran los derechos de eventuales licitadores y de la propia Administración (...) Así las cosas, es claro que resulta procedente abonar a la empresa contratista los trabajos ejecutados, pues, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración”.

jurisdicción civil, tiene, habida cuenta de su carácter general, aplicación también en el ámbito administrativo, otorgando al contratista perjudicado por el mismo una acción (*actio de in rem verso*) para reclamar su importe.²²

2.2. Requisitos para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto.

²² Tal y como señala COSCULLELA MONTANER, Luis –*Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el ámbito administrativo*. Revista de Administración Pública, número 84. Septiembre/diciembre 1977. Pág. 189 y ss.-: “El enriquecimiento injusto como institución propia de la Teoría general del Derecho es única, constituye, siguiendo la conocida calificación alemana, un supraconcepto (Oberbegriff), y como tal no admite consideraciones diferenciadas desde la óptica del Derecho administrativo en orden a su encuadre dogmático”; autor que continua señalando que: “en el ámbito del Derecho administrativo la construcción dogmática del enriquecimiento injusto no tiene, como hemos dicho, variaciones esenciales. La aplicación más frecuente de este principio se da en relación con los contratos de obras y en menor medida de suministros a las Corporaciones locales. Se trata, por lo general, de supuestos de contratos inexistentes o nulos en los que la Administración se beneficia de obras o suministros por un aparente contratista que los realiza sin vínculo o título jurídico suficiente”. Así lo explica igualmente el Tribunal Supremo en su sentencia **de 11 de mayo de 2004** (Roj: STS 3180/2004) al señalar que:

“La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. En cualquier caso, ya en dos conocidas sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.

El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTS, Sala 3ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001, 15 de abril de 2003 y 6 de octubre de 2003, ad exemplum, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como *supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad*, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo”.

Insistiendo en las mismas ideas señala la **STS de 15 de diciembre de 2011** (Roj: STS 8489/2011) que: “(...) debe recordarse, en virtud de reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala -por todas, sentencia de 15 de abril de 2002 (recurso 10381/1997)-, que el principio del enriquecimiento injusto, si bien en un primer momento, tanto en su inicial construcción, como en la posterior determinación de sus requisitos, consecuencias y efectos, fue obra de la jurisprudencia civil, su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, al menos desde los años sesenta del pasado siglo, viene siendo unánimemente admitida, aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas”.

De acuerdo con LACRUZ²³, “*la formulación de conjunto de los presupuestos de aplicación de la regla prohibitiva del lucro injusto a que llegan, sintetizando y recogiendo numerosas decisiones anteriores, las sentencias (entre otras) de 26 de enero de 1956, 27 de marzo de 1958 y 23 de marzo de 1966, a cuyo tenor para que proceda la conditio se requiere "la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse, tanto por un aumento del patrimonio (lucrum emergens) como por una no disminución del mismo (damnum cessans); un correlativo empobrecimiento del actor, como consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado; existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe"*”.

Más recientemente, recuerda la STS de 11 de mayo de 2004, que desde la Sentencia de 28 de enero de 1956 (sentencia de referencia), según la doctrina de la Sala Primera, pueden considerarse como presupuestos para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa los siguientes:

“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.²⁴

²³ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. Revista Crítica de D. Inmobiliario, 1969. Pág. 580.

²⁴ El empobrecimiento del actor, señala COSCULLUELA “puede consistir en la subida de un valor de su patrimonio (por ejemplo, cosas entregadas o suministradas, cuyo precio no se ha recibido), o en la prestación de un servicio, o realización de un trabajo por el que no se ha recibido retribución, o en la obtención de un lucro cierto y positivo. De esta forma no hace falta que el objeto haya formado parte del patrimonio empobrecido, bastando con que haya sido expectativa segura y legítima”. Vid. COSCULLELA MONTANER, Luis –*Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el ámbito administrativo*. Revista de Administración Pública, número 84. Septiembre/diciembre 1977. Pág. 194. En el mismo sentido constata REBOLLO PUIG, Manuel –*Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo*. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. Octubre 2006, pág. 11- “El enriquecimiento puede ser positivo (lucrum emergens) si hay incremento patrimonial (por aumento del activo o disminución del pasivo), o negativo (damnum cessans), cuando se evita una disminución patrimonial –ahorro de gastos– obteniendo, sin embargo, una utilidad que no se ingresa en el patrimonio (por ejemplo, consumo o simple utilización de cosa ajena, o beneficio por servicios de otro)”.

c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.

d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento”²⁵.

A los anteriores requisitos hay que unir, de manera muy relevante en el ámbito de la contratación administrativa, el hecho de que las obras tengan origen en la propia Administración o que ésta consienta en la ejecución de las mismas; dicho de otra manera, que no se ejecuten por propia iniciativa del contratista; como significan las SSTS de 18 de diciembre de 2007 (Roj: STS 8636/2007) y de 28 de abril de 2008 (Roj: STS 1660/2008), en doctrina reiterada posteriormente de manera recurrente por el Alto Tribunal:

“En términos de la sentencia de 18 de julio de 2003 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.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con

²⁵ Respecto de este último requisito señala COSCULLUELA – Op. cit. Pág. 195- que para que la pretensión de enriquecimiento injusto prospere es preciso que el empobrecimiento del actor y correlativo enriquecimiento de la Administración pública no derive de una obligación o carga legal que pese sobre el demandante, ni del cumplimiento de prestaciones amparadas por una relación jurídica concreta, contractual o no. En estos supuestos, las operaciones que subyacen en la teoría del enriquecimiento se regulan por la propia Ley o por el negocio concreto de que se trate, y no cabe entender aplicable la acción por enriquecimiento injusto. Recoge igualmente los requisitos del enriquecimiento injusto la **STS de 15 de diciembre de 2011** (Roj: STS 8489/2011): “Debe recordarse así, conforme ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia de esta Sala Tercera -entre otras, sentencias de 16 de abril de 2002 (recurso 6917/1996), 23 de junio de 2003 (recurso 7705/1997), 18 de junio de 2004 (recurso 2000/1999) y 11 de julio de 2005 (recurso 5557/2000)-, que los requisitos del mencionado principio del enriquecimiento injusto -como los que la jurisprudencia civil ha venido determinando desde la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956-, son los siguientes: en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio”.

pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también (...) el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997)”.

En este sentido es lógico exigir, tal y como significa REBOLLO PUIG²⁶, y al igual que ocurre en otros ordenamientos, otros requisitos a la acción tales como la “real utilidad”²⁷ de la obra para la Administración y algo similar a lo que la doctrina francesa llama el “asentimiento” de la Administración, es decir, que la Administración enriquecida haya expresado de alguna forma su adhesión a la actividad del empobrecido. Y ello aunque estos reconocimientos o asentimientos provengan de quien no tiene ni siquiera remotamente competencia, sin seguir ningún procedimiento, al margen de toda formalidad, y de manera implícita. Siendo así, hay que rechazar, con nuestra jurisprudencia, que quepa hablar de enriquecimiento injusto cuando las obras son ejecutadas por la iniciativa individual del contratista²⁸. A este respecto como

²⁶ REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.1994. Pág. 174 y *Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo*. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. Octubre 2006, pág. 13

²⁷ Como explica la **STS de 29 de julio de 1989** (Roj: STS 4572/1989): “la realización de una prestación separándose de las previsiones del contrato -éste implica un programa al que han de ajustarse las conductas de las partes- no debe dar lugar a ningún pago. Pero las exigencias del principio de la evitación de un enriquecimiento injusto determinan que un cumplimiento defectuoso que sin embargo resulte de utilidad para quien ha de recibir las obras haya de dar lugar a una compensación en favor de quien realizó aquéllas”.

²⁸ Como significa la **STS de 28 enero 2000** (Roj: STS 511/2000): “El principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa es, en efecto, aplicable a los contratos administrativos, como corrección al postulado de su inalterabilidad. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en que ha considerado pertinente su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obras que habían de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad (sentencia de 20 de diciembre de 1983); en el supuesto en que había sido prevista por las partes contratantes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto (sentencia de 24 de enero de 1984); cuando ha habido órdenes de la Administración (sentencia de 20 de octubre de 1987), aunque tengan vicios de forma (sentencia de 27 de febrero de 1984). En el caso de autos la ampliación de la obra se debió a una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, por lo que no procede aplicar la doctrina del **enriquecimiento injusto**, ya que, de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la empresa contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes”.

En el mismo sentido, señala la **STS de 15 de noviembre de 2000** (Roj: STS 8306/2000): “La entidad autora de las obras de urbanización parcial, dada la envergadura, importancia y experiencia de esa entidad mercantil, conocían perfectamente que la realización de tales obras no podía verificarse sin la previa aprobación de los instrumentos urbanísticos idóneos para las mismas, por lo que en aplicación a este caso concreto de dicho principio de riesgo y ventura, nos lleva a la conclusión, que a efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa, solo deben ser tenidas en cuenta las obras

expresamente pone de relieve MARTÍN REBOLLO²⁹ “para poder aplicar en esos casos la doctrina del enriquecimiento injusto hace falta un cierto consentimiento por parte de la Administración o, al menos, su conocimiento pasivo, y, además, que las obras suplementarias no sólo sean útiles, sino que resulten necesarias. Se trata de mínimos mecanismos de cautela para evitar actuaciones fraudulentas que, por sus consecuencias finalmente positivas para el empresario, amparen la huida de los principios de legalidad y concurrencia”. En definitiva, y como significa la STS de 12 de diciembre de 2012 (Roj STS 8362/2012), el enriquecimiento injusto:

“no es solo un principio general del derecho, que rige también en el derecho administrativo, sino que además debe de considerarse como una acción propia y singular del derecho administrativo, diferente de la que se ejercita en el ámbito civil, precisamente por las particularidades del ámbito administrativo. Pero es que además, debe significarse que son muchas las sentencias dictadas por este Tribunal sobre el posible enriquecimiento injusto de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa (STS de 21 de marzo de 1991, 18 de julio de 2003 , 10 de noviembre de 2004 , 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006), en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”.

2.3. Especial referencia a las modificaciones de las obras a resultas de instrucciones verbales de la dirección facultativa.

Sin pretender llevar a cabo un análisis casuístico en relación con el enriquecimiento injusto en el contrato de obras³⁰, si consideramos procedente hacer

realizadas, de hecho, conforme a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas”.

²⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia)*. Revista española de la Función Consultiva. Julio-diciembre 2009. Págs. 95 y 96.

³⁰ Realiza un estudio muy detallado sobre este particular GÓNZALEZ BOTIJA, Fernando y RODRIGUEZ MORILLA, Jesús A. *El reformado anticipado en el contrato de obra pública*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2018. Págs. 115 y ss. Vid. igualmente CUADRADO ZULOAGA, Daniel. *Enriquecimiento sin causa en la contratación administrativa de obras*. Actualidad Administrativa nº 18. La Ley. Octubre de 2007; y MARTÍN REBOLLO, Luis. *Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de*

referencia en lo que se refiere a este apartado, a tres sentencias del Tribunal Supremo en las que de manera indubitada se manifiesta la obligación que tiene la Administración de satisfacer al contratista obras no amparadas por un contrato pero cuya ejecución se debe a órdenes de la Dirección facultativa.

La primera es la STS de **16 de octubre de 2000** (Roj 7389/200), que resulta especialmente interesante, y en la que señala que el principio de inalterabilidad de los contratos administrativos una vez celebrados, salvo que la Administración contratante autorice su modificación, *“debe ceder ante el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa. De modo que si el Ayuntamiento ha experimentado un enriquecimiento como consecuencia de las obras realizadas por el contratista fuera de contrato, y el contratista ha sufrido un empobrecimiento correlativo al haber sufragado el importe de tales obras, el Ayuntamiento debe satisfacer su coste, pues de otro modo se enriquecería injustamente con dichas obras, que pasan a integrarse en su patrimonio, siempre que el contratista no hubiese actuado unilateralmente, sino siguiendo órdenes de la Administración o del Director de la obra, que, en este punto, representa a la Administración contratante, aunque tuviesen vicios de forma (cfr., entre otras muchas, sentencias de 20 de diciembre de 1983, 24 de enero de 1984, 20 de octubre de 1987, y, más recientemente, 26 de febrero de 1999 y 28 de enero de 2000)”*³¹.

En el mismo sentido, apunta la **STS de 10 de noviembre de 2004** (Roj: STS 7223/2004), que la jurisprudencia mayoritariamente *“se centra en excesos sobre el proyecto a consecuencia de órdenes de la Administración debidamente informadas o consentidas por el Arquitecto Director de las obras o por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad (sentencias de 18 de junio de 1985, 31 de diciembre de 1985, 29 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1990, 12 de marzo de 1991, 29 de enero de 1993, 5 de abril de 1994, 28 de mayo de 1996, 9 de octubre y 16 de octubre de 2000), u obras*

obras), en VV.AA. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Segunda Edición Rafael GÓMEZ-FERRER (coordinador). Thomson Civitas. 2004. Pág. 617.

³¹ En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de junio de 1999 (Roj: STS 4222/1999) al afirmar que *“no es lícito argüir que las obras adicionales no fueron aprobadas por la Administración contratante o que ésta no autorizase al Director de las mismas ordenar su ejecución o que ni siquiera fueron ordenadas por escrito al contratista, porque el principio de inalterabilidad de los contratos no puede llevarse hasta el extremo de que se produzca un enriquecimiento injusto en perjuicio del contratista, como reconoce sobre esta materia la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1985”*.

necesarias recibidas por la Administración sin oponer reparos (sentencia de 25 de febrero de 1991) por lo que la Administración no puede invocar sus propias infracciones para incumplir los compromisos contraídos. Criterio que también acoge la jurisprudencia más reciente de esta Sala (entre otras 9 de octubre de 2000, 11 de julio de 2003)”.

Y la **STS de 15 de diciembre de 2011** (Roj: STS 8489/2011), en la que tras constatar que se ejecutaron unidades de obra dispuestas por la Administración contratante, apunta que: *“el exceso en la ejecución de las obras, efectivamente realizado y entregado a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra, produce un enriquecimiento para la misma Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a aquella Administración Pública la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto, aplicable a los contratos administrativos como corrección al principio de su inalterabilidad”.*

Siendo así, y como señala GONZÁLEZ BOTIJA³², la respuesta de la jurisprudencia parece clara: si se prueba la existencia de órdenes por parte de la dirección facultativa, se entiende que el contratista no tiene el deber de soportar los errores de las autoridades públicas, siendo igualmente clara la doctrina del Consejo de Estado en este sentido, aun no mediando orden expresa de la Administración, siempre que el contratista haya procedido con buena fe³³. El límite estaría en la ejecución de obras de forma

³² *Op. cit.* GÓNZALEZ BOTIJA... Pág. 121.

³³ Así señala el Dictamen de 27 de octubre de 2011 (expediente: 1393/2011): “En el presente caso concurren las circunstancias determinantes de la procedencia de la indemnización. En efecto, se han realizado trabajos adicionales a los contemplados en el proyecto de la obra, que si bien no han sido consecuencia directa de una orden de la dirección de obra, sí se han llevado a cabo con el pleno conocimiento y consentimiento de la misma, y bajo su supervisión. Así pues, la contrata ha ejecutado unas prestaciones adicionales que benefician al propietario de la obra, la Administración General del Estado, y es de aplicación al respecto la doctrina de prohibición de enriquecimiento injusto, acogida jurisprudencialmente (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1983, 24 de mayo de 2004 o 28 de marzo de 2005), y de modo reiterado, en casos similares, por la doctrina del Consejo de Estado. Como se pone de relieve en el dictamen del Consejo de Obras Públicas, la contrata ha procedido de buena fe, bajo la supervisión de la dirección de obra en todo momento, y los trabajos realizados adicionalmente han obedecido a insuficiencias del proyecto, a la realidad del terreno en que se ejecutaban las obras, han sido necesarios para evitar daños a terceros y a la propia obra, y han beneficiado a la Administración. Se dan, por tanto, todos los requisitos para la indemnización conforme a este principio, y procede indemnizar a la contratante en la cantidad reflejada en la propuesta de resolución, cifra que no es contradicha por la contrata, aquietándose a la misma. Dado el tiempo transcurrido desde la terminación de aquellos trabajos, habrá de actualizarse dicha cifra a la fecha en que se dicte la correspondiente resolución”.

espontánea por el contratista, hecho que no ocasionaría el nacimiento del enriquecimiento injusto. Como significa REBOLLO PUIG³⁴: *“cuando los contratistas realizan espontáneamente prestaciones superiores a las pactadas, sin que de ninguna forma pueda entenderse que seguían indicaciones de la Administración, ni siquiera nulas o aparentes, ni han contado con la tolerancia de la Administración, entonces la regla general es que no existe derecho a su abono. Ello, no obstante, cuenta con una excepción capital: si esa prestación no pactada era absolutamente imprescindible para el cumplimiento del contrato, y por ello la realizó el contratista, entonces sí se le reconoce derecho a su abono con fundamento en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto. En cierto modo, en esa absoluta necesidad de la prestación podría verse algo similar a un “asentimiento implícito” de la Administración”*.

Fuera de estos casos, apunta VAZQUEZ MATILLA³⁵ *“parece muy difícil que no se abonen los modificados que provengan de la orden del Director de obra o del responsable del contrato/responsable de la Administración o cuando la orden sea verbal, si la Administración y la Dirección de obras reciben las obras que ellos mismos ordenaron. Por más que no conste aprobación, surge sin duda el derecho al abono de lo realmente ejecutado por el contratista”*. La clave para decidir si se debe abonar lo ejecutado radica a su juicio *“no tanto en la competencia del órgano o de la persona que da la orden, sino si la decisión de modificación del contrato es unilateral por parte del contratista, o hay una conducta en la Administración que le requiere a ello. Y además la conducta de la Administración reviste una apariencia que dota de buena fe a la conducta posterior del contratista. De hecho la jurisprudencia, en multitud de sentencias, ha apreciado el derecho al abono por parte de la Administración de los excesos de trabajos u obras ejecutados de buena fe por el contratista”*³⁶. Siendo así, resulta fundamental la prueba y en especial el examen de libro de órdenes de la obra.

³⁴ REBOLLO PUIG, Manuel -*Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo*. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. Octubre 2006, pág. 21.

³⁵ Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA. Tesis doctoral: *La modificación de los contratos públicos*. Universidad Pública de Navarra. 2014. Págs. 424 y 425. Esta tesis se encuentra publicada como: *La modificación de los contratos públicos*. Aranzadi 2015.

³⁶ Resume esta jurisprudencia la STSJ M de 12 de septiembre de 2013 (STSJM 11515/2013): *“El Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho, entre otras, en sentencias de 26 de Febrero de 1999 , 9 y 16 de Octubre de 2000 , 18 de Julio de 2003, 10 de Noviembre de 2004 , 20 de Julio de 2005 y 2 de Octubre de 2006 así como esta Sala y Sección (Sentencia de 11 de diciembre de 2010 resolviendo el recurso de apelación 473/2010) que el exceso en la ejecución de la obra, efectivamente realizada y entregada a la*

Ahora bien, en este punto cabría preguntarse con DE VICENTE GONZÁLEZ³⁷, como contratistas de la Administración, con la debida solvencia técnica y clasificación preceptiva, muchas veces multinacionales, pueden efectuar prestaciones verbalmente no contempladas en el proyecto con base en una mera conversación informal con la dirección facultativa de una obra, siendo un hecho, como señala el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 18/1995, que “*el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer*”.

En esta misma línea AGUADO i CUDOLÀ³⁸ recuerda como que frente a una jurisprudencia que acude frecuentemente a la doctrina del enriquecimiento injusto por razones de justicia material, algunos autores³⁹ plantean la necesidad de no aplicarla en los

Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la Dirección facultativa, produce un enriquecimiento para la Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a aquella la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto aplicable a los contratos administrativos, como corrección al principio de inalterabilidad. Así la jurisprudencia de la Sala Tercera (SSTS 20 de Octubre de 1986, 26 de Febrero de 1991 y 23 de Abril del 2002) ha reconocido que la obligación de pago por parte de la Administración implica el importe también de aquellas obras, que tengan carácter accesorio o complementario, no incluido en el proyecto, durante el curso de las obras principales, si se estima conveniente ejecutar. Pero la jurisprudencia, en los supuestos en los que ha considerado su utilización, ha puesto de manifiesto que, para ello, era necesario que el exceso de obra que había de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Así se ha aplicado dicho principio siempre que las órdenes procediesen de quien para el contratista tuviera apariencia de efectiva potestad, en el supuesto en que había sido prevista por las partes contratantes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto, cuando ha habido órdenes de la Administración, aunque tengan vicios de forma. Por el contrario, no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto cuando la ampliación de la obra se deba a decisión unilateral imputable a la empresa contratista, ya que de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes. De forma similar las SSTS de 28 de Enero del 2000 y 10 de Julio del 2002 afirman que constituye regla general que el cumplimiento y efectos de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de las obras que excedan en cantidad o calidad de las que expresamente fueron convenidas, cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización”.

³⁷ DE VICENTE GÓNZALEZ, José Luis. *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local*. Revista de Administración Pública, número 168. Madrid, septiembre-diciembre 2005. Pág. 425.

³⁸ Vid. AGUADO i CUDOLÀ, Vicenç. *Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos*, en VV.AA. El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VILLAR ROJAS, Francisco José (coordinadores). INAP 2017. Págs. 260 y 261.

³⁹ RIVERO YSERN, Enrique. *Procedimiento y contrato administrativo. Reflexiones sobre los contratos verbales de ejecución de obras y el enriquecimiento injusto*» en COSCULLUEA MONTANTER, Luis: *Estudios de Derecho público económico: Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas.

casos de contratos verbales y no abonar la prestación realizada al contratista para acabar con estas prácticas irregulares en la que se prescinde del procedimiento administrativo. Otros autores⁴⁰, aceptan que deba limitarse la indemnización atendiendo a la conducta del contratista. Para ello, proponen la aplicación de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y también *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. De acuerdo con ellas no cabría que una de las partes que también ha actuado torpemente se enriquezca, por lo que se procede a una graduación de la inmoralidad. En cualquier caso, como concluye el citado autor, la conducta de las partes debe devenir relevante para determinar la correspondiente compensación en estos supuestos, requiriéndose que la actuación del particular no haya sido maliciosa ni realizada por su cuenta sino que se deba a unos hechos por los que la Administración haya impelido al contratista a continuar realizando la prestación como consecuencia de su deber de colaboración. En principio, el conocimiento de la irregularidad, especialmente en casos de ausencia total de procedimiento o de cualquier formalidad, podría determinar la exclusión de dicha compensación habida cuenta de que difícilmente el contratista puede alegar el desconocimiento de los principios y reglas esenciales de la contratación pública. Sin embargo, ello no debería suponer para AGUADO i CUDOLÀ, la exclusión en todo caso sino que, a su juicio, deberá examinarse atentamente la situación concreta⁴¹.

Lo cierto es que en multitud de ocasiones el contratista puede ser perfectamente consciente de que ejecuta obras sin la cobertura de un previo contrato pero, de consuno por la dirección facultativa, realiza las obras porque sabe que finalmente se le abonarán, dando lugar a práctica irregular que ambas partes consienten alterando el objeto del contrato previamente licitado y, consecuentemente, los principios de libertad de acceso

⁴⁰ BACA ONETO, Víctor Sebastián (2006): *La invalidez de los contratos públicos*, Madrid: Thomson Civitas.

⁴¹ En realidad existía un precepto que aclaraba lo anterior en el Reglamento de General de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, hoy derogado. Nos estamos refiriendo al artículo 155 que establecía que “Los empresarios ejecutores de dichas modificaciones, con conocimiento de su irregularidad, no tendrán derecho al abono de las mismas; vendrán obligados a su demolición si así se les ordena e indemnización a la Administración, en todo caso, por los daños y perjuicios que su conducta ocasione. La responsabilidad directa de los empresarios no será obstáculo para que se exija la que corresponda al funcionario encargado de la inspección y vigilancia de las obras”. En cualquier caso, y aunque sea de manera menos taxativa, el artículo 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, establece que “las modificaciones en la obra que no estén debidamente autorizadas por la Administración originarán responsabilidad en el contratista, sin perjuicio de la que pudiere alcanzar a los funcionarios encargados de la dirección, inspección o vigilancia de las obras”.

a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. En este sentido no está demás poner de manifiesto con BAUZA MARTORELL⁴² que “*un tratamiento ilimitado de la teoría del enriquecimiento injusto supondría dinamitar el instituto de la contratación del sector público, siendo así que cualquier encargo verbal podría validarse y confirmarse con un expediente de enriquecimiento injusto. De ahí que en consecuencia resulte indiscutible la necesidad de introducir límites a esta doctrina, que impidan el abuso de la misma y que eviten que un régimen extraordinario y excepcional se acabe convirtiendo en una práctica sistemática y ordinaria.*”⁴³

3.- LAS TEORÍAS DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

3.1.- Diferenciación entre la responsabilidad patrimonial y el enriquecimiento injusto.

Llegado este punto resulta, en efecto, necesario diferenciar entre las teorías del enriquecimiento injusto y de la responsabilidad patrimonial. Si tal diferencia no existiese

⁴² BAUZA MARTORELL, F. José. *Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto*. Revista española de Derecho Administrativo. 2016. Núm. 181. No se menciona la página por haber sido consultado el artículo en formato electrónico. Igualmente crítico se muestra BLANCO HIGUERA, Alfonso. *Obligación no convencional y gasto público: un binomio inadecuado*. Auditoria Pública nº 65. 2015. Págs. 99-106, quien crítica la generalización actual de la vía de hecho en la gestión del gasto público, debido a la inexistencia o a la nulidad de la obligación convencional que actúa como fuente de aquel, provocando la entrada en juego de las siniestras figuras de la responsabilidad patrimonial y del enriquecimiento sin causa, como fuentes subsidiarias y no convencionales de obligaciones para la Administración Pública, entendiéndose el calificativo de siniestras en el sentido de su uso y abuso indebido fuera de su ámbito natural de aplicación. Esta realidad, bendecida por nuestra jurisprudencia y aprovechada por toda clase de avisados y logreros, convierte en papel mojado el mandato constitucional de eficiencia y economía en la ejecución del gasto público, lo que merecería una vigorosa llamada de atención del Tribunal de Cuentas.

⁴³ Hace BAUZA MARTORELL referencia a la sentencia de 19/01/2010, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Roj: STSJ BAL 33/2010), en la que desestima los honorarios profesionales de las recurrentes por la realización de esas campañas publicitarias, porque “en ellas se aprecia una voluntad maliciosa y una consciente y deliberada actuación para eludir los principios de libre concurrencia y sortear los mecanismos de contratación administrativos exigibles. En ese caso, quien se aventura a una actuación de ese tipo y trasciende los mecanismos que rigen la contratación administrativa asume un claro riesgo, y queda exenta de la protección de la teoría del enriquecimiento sin causa, de forma que no puede exigir a la Consellería, el pago de sus honorarios ya que no puede resultar beneficiada por un comportamiento claramente malicioso”. En este caso, señala BAUZA, la realización del encargo verbal forzosamente sitúa al contratista en una posición de riesgo, que no puede dejar de asumir, en el sentido de que puede que sólo vea resarcidos sus gastos o incluso podría ni siquiera alcanzar a cobrar.

o la primera se subsumiera en la segunda habría que estar, habida cuenta del carácter subsidiario que suele predicarse de la acción de enriquecimiento injusto, a las previsiones de las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en especial a lo dispuesto en la primera de ellas respecto del plazo de presentación de la solicitud (art. 67) y al dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma (art. 81), en lo que se refiere a la tramitación del procedimiento. De esta manera presentada una factura por parte del contratista a fin de que se le abonen las prestaciones efectuadas sin la cobertura del contrato, la Administración estaría obligada a tramitarla como un procedimiento de responsabilidad patrimonial⁴⁴.

⁴⁴ Nos recuerda la doctrina civilista (vid. BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando - *Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, nº 1, 1997, págs. 164 y ss.)- que las respuestas ofrecidas al problema de la subsidiariedad han sido diversas. Así, en un primer grupo pueden situarse aquellos autores que, como Núñez Lagos o Hernández Gil, partiendo de que la acción de enriquecimiento injusto se deriva de un principio general del Derecho, consideran que la misma sólo procede en defecto de otra acción derivada de un precepto de Derecho positivo aplicable al caso (como ocurre, v.gr., con la acción reivindicatoria ex art. 348 del Cc., o con la acción de responsabilidad civil extracontractual ex art. 1.902 del Cc). Para otros autores, la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento no puede predicarse con carácter general, de forma que, si concurren los presupuestos que habilitantes del ejercicio de otras acciones concurrentes, éstas y aquélla podrán ser ejercitadas bien de forma alternativa, a elección del titular de las mismas, bien de forma sucesiva, respetando en todo caso, lógicamente, el régimen jurídico propio de cada una de ellas y en particular los distintos plazos de prescripción a los que estén sometidas dichas acciones. Esta es la tesis defendida, en la doctrina española, entre otros, por Lacruz, Díez-Picazo, Álvarez Caperochipi y Lete del Río.

Ahora bien, es lo cierto que la jurisprudencia civil, reitera el carácter subsidiario de la acción. Así, señala la STS de 29 de junio de 2015 (Roj: STS 3192/2015) que: “aunque alguna sentencia ha dicho que no tiene naturaleza subsidiaria (como las de 14 de diciembre de 1994 y 5 de mayo de 1997, es claro que sí es subsidiaria y así lo expresa la sentencia de 18 de diciembre de 1996 y lo reitera contundentemente la de 19 de febrero de 1999 en estos términos: «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 ejercitan y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento. Ésta es la doctrina que se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987, 23 de noviembre de 1998 y 3 de marzo de 1990, que sostuvieron, como una de las ratio decidendi de sus fallos, la subsidiariedad de la acción. Ciertamente que otras han manifestado criterio contrario, así las 19 y 20 de mayo de 1993 (citadas ambas por la sentencia recurrida), 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996 y 5 de mayo de 1997. Pero si se analizan con detenimiento, se verá inmediatamente que sus declaraciones sobre la no subsidiariedad nada tiene que ver con los litigios que resolvieron, no son ratio decidendi de sus fallos, sino meros obiter dictum que no crean ninguna jurisprudencia vinculante (art. 1.º 6 C.c.). Sólo con toda claridad ha admitido esta Sala la confluencia ante un mismo supuesto fáctico de la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 C.c. en sus sentencias de 12 de abril de 1955, 10 de marzo de 1958, 22 de diciembre de 1962 y 5 de mayo de 1964 (aunque la sentencia de 5 de octubre de 1985 estime cuestionable la acumulación de la acción de indemnización y la de enriquecimiento). Pero en este procedimiento no hay ningún motivo para aplicar la doctrina antedicha ni para modificarla, porque los daños y perjuicios no los pide la parte actora por vía de acción de responsabilidad extracontractual, sino por la acción de evicción, subsidiariamente por acción pauliana, y subsidiariamente por vía de enriquecimiento injusto». Cuya doctrina es reiterada por las sentencias de

Pues bien, como significa AGUADO i CUDOLÀ⁴⁵, aunque en ocasiones se utiliza indistintamente la responsabilidad patrimonial y el enriquecimiento injusto, se trata de dos instituciones distintas con sus propios rasgos y características; así, *“mientras que la responsabilidad extracontractual, especialmente en el ámbito civil, responde a la idea de ilicitud y culpa, el enriquecimiento injusto no precisa de estas. Es más, incluso puede producirse dicho enriquecimiento de buena fe y sin que se produzcan actos ilícitos. También debe señalarse que, mientras en la responsabilidad se centra en la figura del causante del daño y en probar la causalidad, en el caso del enriquecimiento sin causa, la figura relevante es la de quien se ha enriquecido dejando en un plano secundario al agente provocador del enriquecimiento. Además, debe advertirse que mientras que lo fundamental es que en el enriquecimiento se produce la obtención de un beneficio o ventaja, en el ámbito de la responsabilidad lo significativo es la producción de un daño antijurídico que requiere ser indemnizado con independencia de que se produzca un beneficio o ventaja en el causante de la lesión”*⁴⁶.

28 de febrero de 2003, 4 de noviembre de 2004, 5 de diciembre de 2005, 8 de mayo de 2006, 22 de febrero de 2007 y 30 de abril de 2007”.

⁴⁵ AGUADO i CUDOLÀ, Vicenç. *Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos*, en VV.AA. El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VILLAR ROJAS, Francisco José (coordinadores). INAP 2017. Págs. 260 y 261.

⁴⁶ Dentro de la doctrina civilista, señalan BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando –O. cit. Págs. 146 y 147-.las siguientes diferencias entre la acción de responsabilidad contractual y de enriquecimiento sin causa:

“1º.- En el Derecho de daños la reparación se extiende a la cuantía total del perjuicio sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa la restitución nunca puede exceder del efectivo enriquecimiento. En el enriquecimiento injusto la obligación de restituir no puede sobrepasar el límite cuantitativo constituido por el beneficio obtenido por el que se ha enriquecido, pues no se trata, a diferencia de lo que ocurre en la acción de daños, de reparar el empobrecimiento

2º.- La responsabilidad civil siempre surge de la comisión de una acción u omisión ilícita o antijurídica. Ninguno de estos elementos es preciso para que se pueda apreciar un enriquecimiento sin causa. Por una parte, en este ámbito el «hecho» que origina el enriquecimiento puede ser realizado por el propio empobrecido, por un tercero e incluso puede ser consecuencia de un fenómeno natural y, por otro lado, la pretensión de enriquecimiento no nace necesariamente de un hecho jurídico ilícito.

3º.- En el régimen común de responsabilidad extracontractual (ex art. 1.902 del Cc.) se exige la concurrencia de culpa o negligencia para que nazca la obligación de reparar. Este requisito es completamente innecesario en el régimen de la acción de enriquecimiento, la culpa es siempre valoración de una conducta y si ni siquiera se requiere un comportamiento del enriquecido difícil resulta entrar a valorar si se ha conducido de forma diligente.

4.- La responsabilidad por daños puede fundarse en la idea de riesgo. Desde comienzos de siglo se han promulgado leyes reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual que afectan a

AGUADO i CUDOLÀ se apoya en REBOLLO PUIG⁴⁷, autor para quien, “el sentido general de ambas instituciones es siempre distinto, como diferente es la pretensión que cada una ampara. Sintetizando la solución jurisprudencial y doctrinal dominante puede decirse que *«la pretensión por daños se orienta siempre al agente provocador... La pretensión de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa..., dejando en segundo término al agente provocador de la atribución patrimonial. La pretensión por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño. La pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la primera, la reparación se extiende al daño total... En la segunda, la restitución tiene su objeto y medida -salvo desviaciones concretas- en la cuantía del enriquecimiento...»*. Lo fundamental es que la acción de responsabilidad ampara la pretensión de reparación de daños y perjuicios, sin que sea necesaria la obtención de beneficios por el responsable ni, de existir, tenga ello relevancia; la acción de enriquecimiento no persigue dejar indemne al actor -entre otras cosas, porque no tiene que haber sufrido daños propiamente dichos-, sino atribuirle el valor de una ventaja patrimonial que ha adquirido otro a su costa y sin causa. La responsabilidad traslada del patrimonio que inicialmente lo ha sufrido a otro distinto las consecuencias económicas de un daño; el enriquecimiento injusto traslada de un patrimonio a otro el valor de una ventaja o beneficio recibido”. Dicho lo cual, el propio REBOLLO PUIG reconoce que *“cabén supuestos de intersección de ambas instituciones, porque los daños*

diversos ámbitos materiales o sectores de actividad potencialmente generadores de daños en las que el criterio de imputación es el riesgo y no la culpa como ocurre en el régimen común instaurado por el CC. Por el contrario, una pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa no podría fundarse en el mero riesgo.

5.- En cuanto a los aspectos adjetivos, la acción aquiliana prescribe, conforme al núm. 2 del arto 1.968 del Cc, al año contado a partir del día en que pudo ejercitarse (art. 1.969 Cc.). La pretensión de enriquecimiento sin causa puede ejercitarse por vía de acción o por vía de reconvencción. En el primer caso constituye una acción de carácter personal, sometida, por tanto, al plazo de prescripción de quince años que contempla el arto 1.964 del C.c.

En definitiva, ninguno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual -acción, daño, relación de causalidad entre ambos, antijuridicidad y culpabilidad- es requerido para que pueda estimarse una acción derivada de un enriquecimiento sin causa. Se trata de dos figuras radicalmente distintas, cuyos elementos constitutivos difieren entre sí de tal manera que Díez-Picazo ha afirmado al respecto que *«el cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente distinto no tiene porqué distinguirse»*”.

⁴⁷ REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.1995. Pág. 22.

y perjuicios pueden eventualmente haber provocado beneficios al responsable; también es posible que el empobrecimiento correlativo al enriquecimiento adopte la forma de un daño en sentido estricto. Habrá, pues, situaciones en las que sea posible la acción de responsabilidad y la acción de enriquecimiento. Pero esta concurrencia o concurso -cuya resolución es problema distinto- no resta un ápice a las diferencias entre ambas fuentes de obligaciones y a su autonomía conceptual y práctica”.

En el ámbito de la doctrina civilista, BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ⁴⁸ consideran que la acción de responsabilidad civil solamente puede concurrir con la de enriquecimiento cuando éste *haya sido producto de una acción u omisión del propio enriquecido*. El segundo requisito que debería reunir el supuesto de enriquecimiento sin causa sería que del hecho del enriquecido se hubiese derivado un *daño*. Esta segunda condición, señalan los citados autores, es menos problemática que la anterior, debido a que la disminución patrimonial que supone el empobrecimiento podría constituir un daño, en el sentido que se exige por el sistema de responsabilidad civil extracontractual, siempre que entre conducta y empobrecimiento existiese la relación de causalidad «adecuada» requerida por la jurisprudencia. Uniendo ambos requisitos, tenemos que aquellos enriquecimientos que se hayan producido por una conducta del enriquecido y que hayan provocado un empobrecimiento en el patrimonio de un individuo podrían, en principio, ser susceptibles de generar, a favor de éste, una acción de responsabilidad extracontractual para reclamar la cuantía del empobrecimiento sufrido. De esta manera quedarían excluidos los enriquecimientos pertenecientes a la *condictio* de prestación pues el enriquecimiento se generaría como consecuencia de la conducta del propio empobrecido realizando una actividad de prestación sin causa⁴⁹, siendo que dentro de esta

⁴⁸ BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando, Op. cit. Págs. 148 y 149.

⁴⁹ Efectivamente y como afirman BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando -Op. cit. Págs. 149 y 150- “dentro de los supuestos de ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, podrían satisfacer los elementos del régimen de responsabilidad extracontractual aquellos que se han englobado por un sector doctrinal bajo la denominación de *condictio* por intromisión. Se incluyen aquí, en palabras de Greeb, todos aquellos casos en los que «a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, aunque no sea culposa de bienes ajenos». En estos supuestos, el enriquecimiento y el posible y correlativo empobrecimiento son producidos por la acción del sujeto enriquecido invadiendo, usando, disfrutando o consumiendo una cosa o derecho ajeno. Por el contrario, quedarían excluidos los enriquecimientos pertenecientes al grupo tutelado por la *condictio* de prestación (*Leistungskondiktion*), así como los denominados por Díez-Picazo supuestos de *condictio* por inversión o desembolso. En estos casos el enriquecimiento se genera como consecuencia de la conducta del propio empobrecido, ya sea realizando una actividad de prestación sin causa en el primero, ya ejecutando una actuación no calificable como tal en el segundo”.

condictio de prestación hay que incluir con REBOLLO⁵⁰: a) Prestaciones realizadas en ejecución de contratos administrativos inválidos antes de que se declare su anulación, b) Prestaciones en ejecución de actos nulos de modificación del contrato por ejercicio inválido o sólo aparente del *ius variandi*.

La anterior doctrina nos lleva a descartar que en estos casos enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial sean instituciones equiparables, conclusión ésta que es corroborada, como veremos a continuación, por el Consejo de Estado. En este sentido, y como pone de manifiesto MARTÍN REBOLLO⁵¹, aunque la óptica de la responsabilidad ha sido asumida en más de una ocasión por el Tribunal Supremo, son muchas más, no obstante, las sentencias que se apoyan directamente en el principio del enriquecimiento injusto.

3.2. Doctrina del Consejo de Estado.

En su **dictamen de 18 de enero de 2001** (expediente 3617/2000) el Consejo de Estado admite la posibilidad de abonar al contratista los trabajos efectivamente ejecutados, en ausencia de contrato, previa la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial⁵², asimilando la responsabilidad extracontractual al

⁵⁰ Vid, REBOLLO PUIG, Manuel -*Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo*. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. Octubre 2006, pág. 19. Del mismo autor, vid. *La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia)*. Revista española de la Función Consultiva. Julio-diciembre 2009. Págs. 41-105.

⁵¹ *Op. cit.* Pág. 618.

⁵² El texto del dictamen, que conveniente transcribir, señala lo siguiente: «Estima el Consejo de Estado, de igual modo que los órganos preinformantes, que existe responsabilidad por parte de la Administración del Estado por los daños alegados.

A tenor de lo establecido en el artículo 1254 del Código Civil, pudiera parecer "prima facie" que se está ante un incumplimiento contractual imputable a la Administración, ubicable en el género de los contratos administrativos por la naturaleza pública de uno de los intervinientes. No obstante no resulta residenciable el daño producido dentro de la relación contractual, no ya por no haberse perfeccionado definitivamente el contrato (que hubiera debido ser un contrato administrativo), sino por no existir siquiera expediente o procedimiento contractual previo, habiéndose acudido a la contratación verbal. Basta recordar la mención del artículo 54 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, para comprender la irregularidad de lo actuado: "La Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia".

Tampoco puede olvidarse, a los efectos que pudieran ser oportunos y dada la notoria irregularidad apreciada en el expediente, lo que expone el artículo 125 del Reglamento General de Contratación en

enriquecimiento sin causa de acuerdo con una parte de nuestra mejor doctrina que incluye el enriquecimiento injusto como un título de imputación de la responsabilidad patrimonial⁵³ (muy significativamente han mantenido esta postura GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ⁵⁴).

El propio Consejo de Estado, sin embargo, ha dejado claro en otras ocasiones que la responsabilidad patrimonial y el enriquecimiento injusto son instituciones diferentes no reconducibles en ningún caso ni a la responsabilidad contractual ni a la extracontractual. Así, en su **dictamen de 30 de octubre de 2003** (expediente 3014/2003) señala lo siguiente:

“I. La cuestión planteada en el expediente objeto de la consulta consiste en determinar si procede indemnizar a por el coste de las obras de ampliación y terminación de compuertas y sistemas de medición de caudales en las tomas de los canales del Estado en la cuenca del Duero a que se refiere el expediente nº 02.960-016/21, que fueron ejecutadas sin contrato previo; coste que se cifra en 7.115.343,03 euros más los intereses de demora,

su segundo párrafo: "Las autoridades y funcionarios que contraten con empresarios la puesta en marcha de obras sin cumplir los requisitos exigidos por el presente Reglamento serán personalmente responsables de los pagos derivados del negocio irregular".

No existiendo el indicado carácter de emergencia en la actuación examinada, es lo cierto que la Administración tiene una obligación de pago para evitar un enriquecimiento injusto, tal y como han puesto de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1991 y 19 de noviembre de 1992, señalando esta última: "...de no efectuarse el pago se produciría un enriquecimiento injusto de la hacienda municipal, como tiene declarada jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sus SS. 3-11-1980, 12-6-1984, 6-4-1987, entre otras, así como en la más reciente Sentencia de esta Sala de 24-7-1992. Por tanto el Ayuntamiento está obligado en Derecho a realizar el pago, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de sus autoridades o funcionarios...".

Tal debe ser, en consecuencia (sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse del presente expediente), la solución a adoptar: indemnizar los trabajos realizados por la reclamante sin perjuicio de perseguir las eventuales responsabilidades de las autoridades o funcionarios que realizaron la prohibida actuación verbal”.

⁵³ Vid. MARTÍN REBOLLO, *Luis. Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)*, en VV.AA. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Segunda Edición Rafael GÓMEZ-FERRER (coordinador). Thomson Civitas. 2004. Pág. 617.

⁵⁴ Como señalan los mencionados autores -*Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, 15ª edición., noviembre 2017 (no se menciona la página por haber sido consultada la obra en formato electrónico)- al hacer referencia a los títulos en base a los cuales puede atribuirse a la Administración el deber de reparación en que consiste la responsabilidad patrimonial, “el enriquecimiento sin causa a favor de la Administración es una última modalidad de imputación que permite la fórmula consagrada por los artículos 121 LEF y 32 LSP, dada la generalidad de sus términos. Su justificación, abstracción hecha de cualesquiera otros factores, radica en la localización de un beneficio en el patrimonio del sujeto imputado (aquí la Administración), incluso bajo la forma negativa de la eliminación de un perjuicio (*damnum cessans*), a consecuencia del hecho mismo del daño acaecido a la víctima”.

que hasta el 31 de julio de 2003 se calculan en 4.163.321,72 euros, lo que da un total de 11.278.664,76 euros.

II. Para resolver adecuadamente esta cuestión hay que partir de una calificación jurídica correcta de la reclamación formulada:

No se trata -prima facie- de un supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento de la Administración pública, ya que en el presente caso las obras se ejecutaron sin contrato previo, y aunque luego se quiso cubrir esta deficiencia radical con la adjudicación y formalización de un contrato a posteriori, dicho contrato aparente fue declarado nulo de pleno derecho por resolución de 10 de junio de 2003, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado nº 486/2003.

Tampoco cabe calificar los hechos como determinantes de una responsabilidad patrimonial al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, porque para ello es necesario que exista una lesión resarcible imputable a la Administración, cuyo primer requisito es la antijuridicidad del daño relacionado con la actuación administrativa. El acto administrativo causante del supuesto daño sería la resolución de 10 de junio de 2003 por la que se declaró nulo de pleno derecho -por tener un contenido imposible- el contrato adjudicado a el 15 de noviembre de 1996, acto plenamente ajustado a derecho. Cabría hablar de presuntas responsabilidades de algunos funcionarios intervinientes en la operación, pero esa es una cuestión que ha quedado zanjada en el orden penal y en el administrativo.

Ahora bien, *aunque no se puede imputar legalmente una responsabilidad a la Administración*, lo cierto es que ésta, al recibir las obras ya ejecutadas sin pago del precio, se ha beneficiado a costa de la empresa constructora, produciéndose lo que en la doctrina se conoce por enriquecimiento injusto.

III. La doctrina del enriquecimiento injusto, que tiene su origen en el Derecho romano clásico bajo la forma de *condictio sine causa* (D.12,17) y se encuadra en el Derecho justiniano en la categoría de los cuasi-contratos, pasó con limitaciones al Código napoleónico y de éste al Código Civil español en dos supuestos concretos: la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido. Y aunque la figura del cuasi-contrato sea de difícil acoplamiento en el sistema formalista de la contratación administrativa, el principio de enriquecimiento injusto ha sido admitido y aplicado reiteradamente por el Consejo de Estado (dictamen nº 1.025/94, de 21 de julio, entre otros) y por la jurisprudencia.

Así, en un supuesto análogo al presente, en el que un Ayuntamiento alegaba, para exonerarse de toda obligación de pago, que las obras se habían realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de su Sala Tercera de 24 de julio de 1992 (que se remite a otras anteriores) argumentaba: "A partir de cuanto acaba de decirse es necesario apreciar que las obras se realizaron materialmente, por lo que de no ser pagadas se produciría un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. Por ello, la Sala entiende que debe estimarse la obligación de pago del Ayuntamiento, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de sus autoridades y funcionarios... (fundto 3º)".

Por la misma razón, en el presente caso debe reconocerse el derecho de a ser indemnizada por la Administración que ha recibido las obras sin contrapartida alguna."

Esta misma doctrina ha sido reiterada posteriormente por el Alto Cuerpo Consultivo en sus dictámenes de 4 de marzo de 2004 (expediente: 88/2004); de 11 de enero de 2005 (expediente: 2614/2004); de 7 de abril de 2005 (expediente: 269/2005); de 7 de septiembre de 2006 (expediente 1204/2006); de 29 de noviembre de 2007 (expediente: 1974/2007); y de 11 de septiembre de 2008 (expediente: 1008/2008)⁵⁵.

3.3. Jurisprudencia.

También la jurisprudencia se ha hecho eco de la diferenciación entre ambas instituciones, siendo que la importancia de calificar la acción como de responsabilidad patrimonial o como de enriquecimiento injusto no está únicamente asociada al importe de la indemnización sino fundamentalmente al **plazo para su ejercicio**. En el caso de la primera el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece un plazo de prescripción de un año desde que se produce el hecho o acto que motiva la indemnización. Frente a éste se ha defendido la aplicación del genérico previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, plazo que tras la modificación efectuada en este artículo por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de

⁵⁵ En concreto, apunta el dictamen de 29 de noviembre de 2007, lo siguiente: “Se somete a consulta la solicitud formulada por la representación de.. que reclama el abono de 1.447.293,70 euros por la realización de los ensayos y comprobaciones relativos a la caída de la cimbra del río Verde, ocurrida el día 7 de noviembre de 2005. En el presente caso, estima el Consejo de Estado, cuyo parecer coincide con el expresado por los órganos preinformantes, que existe por parte de la Administración la obligación de satisfacer a la entidad reclamante la cuantía solicitada”. Ahora bien, “el asunto consultado no puede configurarse propiamente como un supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento de la Administración, ya que los trabajos fueron ejecutados por la sociedad interesada sin contrato previo. En efecto, resulta de los documentos remitidos que, una vez aprobado técnicamente el proyecto el 2 de junio de 2006, se llevaron a cabo las investigaciones y ensayos previstos en el mismo durante los meses de junio y julio de ese año, sin que la tramitación del expediente de contratación hubiese concluido con la correspondiente adjudicación. Tampoco cabe calificar los hechos como determinantes de una responsabilidad patrimonial al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, porque para ello es necesario que exista una lesión resarcible imputable a la Administración, cuyo primer requisito es la antijuridicidad del daño relacionado con la actuación administrativa. En suma, se trata de un supuesto de responsabilidad anudada a actuaciones contractuales no formalizadas como tales por la Administración, la cual, vinculada por una orden judicial, se obligó sin seguir las formalidades presupuestarias. Ahora bien, la obligación a cargo de la Administración tiene su origen en la doctrina del enriquecimiento injusto, que ha sido admitida y aplicada reiteradamente como fuente de obligaciones administrativas por el Consejo de Estado (Dictámenes 1025/94, de 21 de julio de 1994, y 88/2004, de 4 de marzo de 2004, entre otros), y por la jurisprudencia. Dado que en el asunto remitido en consulta la Administración se benefició de la realización de los ensayos y comprobaciones relativos a la caída de cimbra del río Verde sin pago del precio, y por tanto, sin contrapartida alguna, debe reconocerse el derecho de... al abono de 1.447.293,70 euros, suma en la que se cuantifica el enriquecimiento sin causa de la Administración”.

enero, de Enjuiciamiento Civil, ha pasado a ser de 5 años. Finalmente, se ha defendido la aplicación del plazo de 4 años previsto en el artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Esta es justamente la postura que defiende AGUADO i CUDOLÀ⁵⁶ con la base de que “a diferencia del ámbito civil, nos encontramos ante recursos públicos cuya disponibilidad debe sujetarse al principio de legalidad presupuestaria. Así lo entendió la STS de 26 de enero de 2003 que resolvía un recurso de casación para la unificación de doctrina.”⁵⁷

⁵⁶ Op. cit. Pág. 262. En el mismo sentido se pronuncia DE VICENTE GÓZALEZ, José Luis. - *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local*. Revista de Administración Pública, número 168. Madrid, septiembre-diciembre 2005. Pág. 432- señalando que: “En cuanto al plazo de prescripción de los créditos derivados de un posible enriquecimiento injusto, serían, conforme señala la STS de 16 de diciembre de 1991 (Arazandi RJ 1991\9522), los establecidos actualmente en el artículo 25 de la actual Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, ya que, conforme a esta sentencia, la alegación efectuada por el Ayuntamiento de la prescripción del crédito no se contradice «por el hecho de que las obras llevadas a cabo y no comprendidas en el contrato pudieran haber dado lugar a un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento demandado, ya que la obligación que dimanare, de probarse el aserto del recurrente, había prescrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria de 4-1-1977»”.

⁵⁷ Señala esta sentencia de 26 de enero de 2003 (Roj: STS 396/2003):

«...se da la circunstancia de que esos trabajos se hicieron sin que se formalizara el correspondiente contrato administrativo, si bien a requerimiento del Jefe de Servicios Hidráulicos de la Diputación Regional, y que, una vez concluidas, pasaron a poder de la Administración autonómica. Ahora bien, aun reconociendo que se dan los presupuestos para entender producido su enriquecimiento injusto, ya que ha habido un beneficio de la Diputación y un correlativo empobrecimiento de la empresa, la Administración entendió que no era procedente indemnizar a COSACAL, S.L. toda vez que se había producido la prescripción por el transcurso de más de cinco años. En efecto, las obras se ejecutaron en 1990 y la reclamación de la actora se produjo el 22 de agosto de 1996.

La Sentencia de instancia confirmó la legalidad de la actuación administrativa. Al hacerlo, desestimó los argumentos de la actora relativos a que el cómputo de la prescripción debía comenzar en fecha posterior a la considerada por la Administración y a que debía aplicarse el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil. En su lugar, justificó su fallo en que "las deudas nacidas del incumplimiento del deber contractual de pago por parte de la Administración prescriben por el transcurso del plazo de cinco años a que se somete el ejercicio de la acción, de conformidad con lo establecido en el art. 46.2 de la Ley General Presupuestaria" (.../...).

Estamos, en efecto, ante la exigencia de cumplimiento de una obligación de Derecho Público, la contraída por la Diputación Regional de Cantabria, en virtud del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, al beneficiarse de unas obras realizadas por COSACAL, S.A, que no ha retribuido. Por eso, las reglas a observar en lo que a la prescripción se refiere no son las del Código Civil, sino las establecidas en la Ley General Presupuestaria que, en su artículo 46.1 a), dice: "Salvo lo establecido por Leyes especiales prescribirán a los cinco años: a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación". No hay, pues, infracción del citado artículo 46.1 a) de la Ley General Presupuestaria, que se ha aplicado correctamente, ni del artículo 4.1 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, pues conforme a lo que en él se disponía, la aplicación de las normas jurídico-privadas sólo procede subsidiariamente, esto es, en defecto de previsiones de Derecho Administrativo y aquí no se da ese defecto».

Años antes REBOLLO PUIG⁵⁸, había defendido igualmente el plazo de prescripción previsto en la legislación presupuestaria. De la misma manera la STS 25 de octubre de 2005, (Roj: STS 6476/2005) distingue entre los institutos de la responsabilidad patrimonial y del enriquecimiento injusto; así y haciendo suyos los argumentos de la sentencia impugnada, señala lo siguiente:

“En su contestación a la demanda argumenta la Administración que la actora ejercita una acción de responsabilidad patrimonial (que denomina extracontractual) sin que concurran los presupuestos necesarios para ello, y que, en cualquier caso, dicha acción estaría prescrita, porque cuando se formuló la reclamación en vía administrativa ya había transcurrido más de un año desde la fecha en la que, según se indica en la demanda (mayo de 1996), se concluyeron las obras. Lo que la actora ingresa (sic) es el pago de unos aumentos de obra realizados en la ejecución de un contrato siguiendo, según dice, las indicaciones de un representante de la Administración y de acuerdo con el proyecto elaborado por uno de sus técnicos. Su reclamación se encuadra dentro de las obras realizadas contractuales y se funda en la existencia del correspondiente encargo, su realización a satisfacción de la demandada, con la consiguiente recepción tácita del aumento de obra, y en los principios de buena fe y de prohibición del enriquecimiento injusto, que evidentemente se produciría si la Administración hiciese suyo algo útil y de valor que encargó y no pagó. Lo que la Administración a su vez alega es que no hubo ningún expediente administrativo previo en relación con el aumento de obra cuyo pago se reclama, ni ningún documento, como certificaciones o acta de recepción, que justifique con posterioridad la realización de ese aumento. Todo esto nada tiene que ver con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos”⁵⁹.

Más recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8362/2012) concluye que: “*la acción de enriquecimiento injusto se considera*

⁵⁸ REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons 1995. Pág.183.

⁵⁹ Como continua señalando la citada sentencia: “...si bien es cierto, que el Letrado de la parte recurrente hace un profundo y detallado análisis del concepto y régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...) no hay que olvidar, que la sentencia recurrida ya había valorado alegaciones similares y sobre todo, que la citada sentencia expresamente declara que en el caso de autos no había tal supuesto de responsabilidad patrimonial y si un supuesto de contratación irregular y sobre él se pronuncia. (...) A la vista de lo anterior y como la Sala de Instancia, a pesar de que acepta la realidad de los defectos formales en la contratación, valora, conforme a la doctrina de esta Sala que cita, las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, a partir de la realidad de una contratación verbal de aumento de obra, en base a que el proyecto técnico fue redactado por el propio Ingeniero Jefe del Servicio de Vías y Obras de la Diputación, hoy recurrente, a las razones que se exponen sobre su redacción, a que las obras fueron realizadas, según refiere el informe pericial obrante y a que las mismas están en funcionamiento, esta Sala en casación ha de partir de esa realidad apreciada por la Sala de Instancia, y que acredita la existencia de una contratación aunque sea defectuosa, a la que no es aplicable, como se pretende el régimen establecido para los supuestos de responsabilidad patrimonial, sin que a lo anterior en nada obsten las alegaciones de la parte recurrente sobre que las obras no fueron ordenadas ni encargadas, pues ello es una mera alegación, que no tiene entidad, por si sola, para desvirtuar la conclusión a que ha llegado la sentencia recurrida valorando las pruebas obrantes, y que además, resulta en contra de la realidad acreditada de la existencia de las obras, de su recepción y puesta en funcionamiento”.

*como fuente de obligaciones, conectada con la figura de los cuasicontratos y diferenciada de la acción de responsabilidad por daños, y que precisamente por ser distinta y autónoma de la acción de responsabilidad patrimonial, su ejercicio no está sometido al plazo prescriptivo de un año previsto en el artículo 145 de la Ley 30/1992*⁶⁰.

Todo ello sin perjuicio de la existencia de pronunciamientos judiciales en otro sentido, pudiendo citar en otras, la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2014 (Roj: STSJ CL 2748/2014) en cuya virtud, *“La celebración de un contrato administrativo, de Derecho Público, requiere de los trámites y las formalidades a que se hace referencia en la normativa aplicable al presente procedimiento que no es otra que la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos de Sector Público, y que la omisión de los mismos conlleva la nulidad de pleno derecho, y sin perjuicio de las indemnizaciones que pueden corresponder a quien realizó determinadas prestaciones a favor de la Administración Pública, sea por vía de responsabilidad patrimonial, sea por la de la doctrina del enriquecimiento injusto”*.

En nuestra opinión dicha conclusión no es correcta. Así, además de compartir el criterio del Tribunal Supremo en los términos expuestos, no está demás destacar a este respecto que el Consejo de Estado viene reiterando que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración, cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico (dictámenes del Consejo de Estado números 48.675, de 20 de febrero de 1986; 48.115, de 2 de abril de 1986; 549/96, de 16 de mayo; 1.480/97, de 29 de mayo; 1.008/99, de 24 de junio; y 1.128/2013, de 17 de julio de 2014). Ello es debido a la configuración del instituto jurídico de la responsabilidad objetiva de la Administración como una vía de resarcimiento solo utilizable cuando no hay otra de índole específica, y para que, como ya afirmara el

⁶⁰ Aplica igualmente este plazo el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 270/2002, de 23 de octubre: “si el resarcimiento de los contratistas hubiera de ampararse en el instituto de la responsabilidad patrimonial, el ejercicio de la acción habría de atenerse al plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 (lo que explica el menor uso de esta vía). Tratándose del reconocimiento de la obligación que dimana de la prohibición del enriquecimiento injusto se ha llegado a sostener que el plazo de prescripción es de quince años, según lo previsto en el artículo 1964 del Código Civil (STS 6 de marzo de 1991); tesis coincidente con la que defienden los actores. No obstante, otras sentencias acaban admitiendo la entrada en juego del plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria (en el mismo sentido el art. 28 de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza), no pudiendo ignorarse que la obligación de pago surge en el seno de una relación regida por el Derecho administrativo”.

dictamen número 54.319, de 5 de diciembre de 1990, "no pueda ser conceptuado e interpretado como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria".

4. EL IMPORTE DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

Desechada pues la vía de la responsabilidad patrimonial para satisfacer el importe de las obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato, la problemática⁶¹ radica en el importe que en concepto de indemnización debe satisfacer la Administración debiendo señalarse con REBOLLO PUIG⁶² que, como parámetro a utilizar, "la Administración estará obligada a restituir todo su enriquecimiento pero con el límite del efectivo empobrecimiento del actor". En este sentido la responsabilidad patrimonial y la teoría del enriquecimiento injusto presentan otra importante diferencia, pues mientras que en la primera la reparación debe alcanzar al daño total producido; en el enriquecimiento injusto la restitución sólo totaliza la cuantía real del enriquecimiento producido.⁶³ De esta forma, y tal y como señala MARTÍN REBOLLO⁶⁴, como estamos al margen del contrato, que es nulo, no se puede tomar como referencia el precio pactado, que debe quedar aparte. Habrá que valorar la amplitud y extensión del enriquecimiento de la Administración y el correlativo empobrecimiento del contratista. Habrá que valorar, pues, las obras

⁶¹ Consta Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA -La modificación de los contratos públicos. Universidad Pública de Navarra. 2014. Pág. 426- como "a menudo la Administración pretende que los nuevos precios se basen en los que ya estaban contenidos en el proyecto de obras – cuando se trata de trabajos previstos en parte en el proyecto, o precios descompuestos previstos inicialmente-. En cambio, el contratista, pretende considerar cada trabajo ejecutado como ajeno al proyecto en su objeto y en su valoración, en definitiva, pretende una nueva valoración más ventajosa para él".

⁶² *Op. cit.* Pág. 178. *Prima facie* (vid. informe 13/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón): "no es posible ni en el sistema de determinación de precios unitarios ni en el de precio a tanto alzado, abonar partidas de obras no ejecutadas. Solo es posible abonar las obras ejecutadas, es decir las partidas de obras realizadas".

⁶³ Vid. COSCULLELA MONTANER, Luis -*Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el ámbito administrativo.* Revista de Administración Pública, número 84. Septiembre/diciembre 1977. Pág. 187. Ya en el ámbito civil afirma -SANTOS BRIZ, Jaime. Artículo 1887. *Comentarios al Código civil.* Tomo XXIV. Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil. Edersa 2007. No se menciona la página por haber sido consultada en formato electrónico- que "las normas sobre enriquecimiento sin causa no persiguen la reparación del empobrecimiento del demandante. En cambio, esa reparación es el objetivo de las normas sobre indemnización de daños y perjuicios. Por tanto, es indiferente su importe y la restitución con que tiende a restablecerse el equilibrio patrimonial perturbado por el desplazamiento injusto. La pretensión de enriquecimiento tiene exclusivamente su objeto y su medida en la cuantía del enriquecimiento (sentencia de 22 diciembre 1967)".

⁶⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis. La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia). Revista española de la Función Consultiva. Julio-diciembre 2009. Pág. 94.

efectivamente realizadas que quedan en manos de la Administración, y, de otra parte, los gastos útiles efectuados por el contratista. Se trata, pues, de un problema de prueba y de valoración.

Pese a ello con carácter general, y tal y como constata BAUZA MARTORELL⁶⁵, se viene satisfaciendo al contratista el valor de mercado, que determina unilateralmente aquél sin que la Administración entre a discutir el precio. Este importe comprende los costes directos e indirectos de la obra o servicio, más lógicamente el beneficio industrial y hasta los tributos que lo gravan, esencialmente el IVA. Ello ocurre, tal y como constata el mencionado autor, porque *“la inmensa mayoría de dictámenes consultivos no se plantean el importe de la propuesta de resolución, limitándose a confirmar que ésta última deje constancia de que se produjo el encargo y de que la obra se ejecutó o el servicio se prestó. No obstante, no se discute el importe a satisfacer, que viene dado por la factura que el contratista gira a la Administración”*.

El Consejo Consultivo de Andalucía, por el contrario, sí que se refiere a esta cuestión en su Dictamen 270/2002, de 23 de octubre, en el que señala lo siguiente para excluir el beneficio industrial:

“Como ha declarado este Consejo de forma reiterada (por todos, dictámenes 18/1995, 23/1996 y 48/1997), la restitución sólo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, 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 los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el reiterado artículo 47 del Reglamento General de Contratación, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo éstos) soportados por quien la efectuó”.

En este caso, continúa señalando el Consejo Consultivo andaluz, la exclusión del pago del beneficio industrial deriva del hecho de que también los contratistas deben reputarse co-causantes 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

⁶⁵ BAUZA MARTORELL, F. José. *Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto*. Revista española de Derecho Administrativo. 2016. Núm. 181. No se menciona la página por haber sido consultado el artículo en formato electrónico.

de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata. Debe tenerse muy presente que con la contratación administrativa no se persigue la satisfacción de los intereses puramente particulares de quien contrata con la Administración, sino, fundamentalmente, los intereses generales, para cuya defensa se articulan una serie de instrumentos, tanto de índole formal como sustantiva, recogidos en la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación, de forma tal que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica y sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre el mismo las consecuencias negativas de tales vicios. Así las cosas, un elemental juicio de razonabilidad indica que las culpas de la Administración y de los contratistas han concurrido decisivamente, y con grave violación de deberes de diligencia por parte de ambos, a la producción de la nulidad. En estas condiciones, como afirma la jurisprudencia, es ociosa una mayor o menor gradación de las respectivas culpas desde el momento en que concurren de modo absolutamente determinante a la producción del resultado; y, siendo ello así, las culpas se compensan”⁶⁶.

Se manifiesta igualmente contraria al reconocimiento de beneficio industrial la Instrucción Balear 2/2012.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 2004 (Roj: STS 3209/2004), ante los razonamientos de la instancia (sentencia del TSJ de Andalucía de 13 de julio de 1998) resuelve reconocer al recurrente el derecho al abono del beneficio industrial, habida cuenta de que:

“...si bien es cierto que respecto a las obras ampliadas no hubo contrato formal, sí que está acreditado, que esa ampliación lo es respecto de obras contratadas, que se han realizado, en los plazos previstos en el primitivo contrato, antes de la inauguración oficial del Palacio de San Telmo, y que han sido ejecutados por orden de la Administración y a su satisfacción, como lo muestra el que los recibieran sin formular protesta alguna.

Por otro lado y a partir de esos datos fácticos señalados, y teniendo en cuenta además, que la formalización del contrato objeto de ampliación, correspondía realizarlo a la Administración y no al administrado, es claro que esa incautación de la Administración no le puede ocasionar perjuicio al contratista, que se ha limitado a cumplir y a satisfacción de la Administración las ordenes de ejecución que esta le había formulado”⁶⁷.

⁶⁶ Con posterioridad el Consejo Consultivo de Cataluña ha vuelto a reiterar, dictamen 265/2014, de 22 de abril, las mismas ideas, señalando que: “como se desprende del dictamen 484/2006, la doctrina que lleva a descontar el beneficio industrial en la liquidación de los contratos nulos es congruente cuando se aprecia la concurrencia de culpas de los contratantes. En el sentido indicado, ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (dictamen de 12 de enero de 1995), que «no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad (...)»”. Vid. igualmente su dictamen 546/2015, de 22 de julio.

⁶⁷ También el Consejo de Estado (Dictamen 1542/1998, de 16 de julio de 1998) concluye que en estos casos procede abonar al contratista los excesos de obra, incluyendo el beneficio industrial; en este sentido: “no se halla, por otra parte, apoyo para, a través de una supuesta responsabilidad del contratista, excluir del abono a realizarle el del beneficio industrial, cuyo pago, por el contrario, responde a la integridad del mismo a que tiene derecho la contrata por la realización de las obras”.

Más recientemente, la STS de 14 de octubre de 2015 (Roj: STS 4462/2015) se muestra favorable a reconocer dentro de la cantidad a abonar el importe del beneficio industrial.

En cuanto a los gastos generales, admite su inclusión dentro del concepto de indemnización resarcible por enriquecimiento injusto la STS de 21 de julio de 2000 (Roj: STS 6163/2000) pues de no accederse a esa partida “*se producirían, en lo que se refiere a su importe, tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento paralelo, sin causa justificada, que constituyen el soporte de la teoría de que se viene hablando*”.

Junto a lo anterior, y por lo que se refiere al pago de intereses de demora, la Audiencia Nacional en Sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Recurso: 71/2016) declara la no aplicación en estos casos de las garantía que prevé la legislación del contratos del sector público para el pago a proveedores⁶⁸, siendo doctrina consolidada de nuestros Tribunales la de que los intereses de demora en estos casos únicamente operan a partir del acto de convalidación, salvo cuando la Administración recibe las obras sin reserva o protesta, supuesto en el que el *dies a quo* será el de la recepción⁶⁹. Esta es justamente la jurisprudencia que se contiene en la STS de 28 de octubre de 1997 en la que declara que:

⁶⁸ Como señala la sentencia: “(...) lo cierto es que desde el 1 de enero de 2012 a 30 de septiembre de 2012 la apelante continuó realizando una serie de servicios -según sus propias palabras- "para que no quedasen desatendidas las personas que todavía quedaban ingresadas en la residencia Carmen Sevilla I de Madrid", pero -como igualmente no deja de reconocer- lo hizo al margen del contrato; de ahí que el gasto tuvo que ser convalidado por Acuerdo del Consejo de Ministros; y de ahí también que no proceda la aplicación de los preceptos de la Legislación de Contratos del Sector Público invocados por la apelante y relativos al abono de intereses de demora por pago tardío de la Administración, pues tal y como declara la jurisprudencia que se recoge en la sentencia apelada, tales preceptos están pensados para supuestos de "normalidad" contractual. En estos casos, el abono que se hace al contratista, una vez convalidado el gasto, es de carácter indemnizatorio y resarcitorio, para evitar un posible enriquecimiento injusto, por parte de la Administración; pero sin que ello de lugar al pretendido abono de intereses de demora, toda vez que no es posible efectuar el pago hasta que tiene lugar tal convalidación con arreglo al artículo 32 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado”.

⁶⁹ Resume la jurisprudencia sobre este particular la **STS de 2 de julio de 2004** que señala, entre otros extremos que: “(...) En relación con los intereses derivados de una obra realizada fuera del contrato pero aceptada por la Administración, la sentencia de 28 de octubre de 1997, declaro que la Administración debía abonarlos desde la fecha de la recepción al haberlas recibido sin formular protesta, ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra (...) Pues bien a partir de tal doctrina, de las normas aplicables y de las circunstancias que en el caso de autos concurren, es procedente declarar que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de 1998, en atención, por un lado, a que la Administración en el acta de recepción de las obras expresamente hizo constar cuales eran las obras realizadas fuera del contrato, por otro, a que el abono

“la exigibilidad de intereses se da también cuando, en supuestos como el presente, en los que no hay coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación en que las obras consistían, sin formular protesta ni reserva alguna por el exceso de obra efectuada. Tal conducta equivale a aceptar la prestación realizada por la contraparte, con la secuela de estar obligado a realizar, también, la contraprestación que de dicho exceso se deriva, y ello con independencia del contenido de las obligaciones contractuales establecidas.

Entender las cosas de otra manera supondría un privilegio intolerable en favor de la Administración pues la prestación a cargo de la Administración, en supuestos como el presente, no sería exigible como consecuencia de omisiones y vicios procedimentales imputables no al contratista, sino a la propia Administración, lo que es claramente rechazable, por no poder consagrarse que las omisiones e infracciones produzcan beneficios a quien las origina.

Quiere decirse con todo ello que el exceso de obra realizado es susceptible de generar intereses a favor del contratista, pese a no haber sido formalmente aprobada la obra por la Administración, desde el momento en que ésta la recibe y disfruta durante el plazo legal a contar desde la recepción provisional o definitiva de las obras sin formular protesta ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance, y características de la obra”⁷⁰.

de las mismas obligó a una modificación del contrato y a la tramitación de un crédito extraordinario aprobado, por Real Decreto Ley, y cuando en fin la convalidación definitiva de las obras se produce por acuerdo del Consejo de Ministros de 1998, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las obras, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos”.

Recogiendo esta doctrina señala el TSJM en su **sentencia de 19 de junio de 2017** (Roj: STSJ M 6844/2017): “el recurrente no tendría derecho al abono de intereses de demora por el pago tardío de una factura desde su fecha de emisión, al corresponderse a unas obras realizadas sin contrato, ya que las obras a que la factura se refiere nada tienen que ver con la concesión administrativa de que es titular la recurrente, teniendo declarado el Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de Julio del 2004 que “los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de la convalidación definitiva de la obra, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las mismas, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos ” , y esta Sala siguiendo tal jurisprudencia y entendiendo que en tales casos el importe de las obras realizadas fuera de contrato únicamente puede concederse por aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento sin causa (al margen de la normativa y regulación de los contratos administrativos) niega que puedan concederse intereses cuando no ha existido, como decimos, ni contrato ni fiscalización previa ,por lo que era necesario someter a autorización y convalidación lo realizado por parte del órgano correspondiente de la Administración”.

⁷⁰ En el mismo sentido vid. **STS de 2 de julio de 2004** (Roj: STS 4711/2004): “la realización de obras no previstas en el contrato, además de no autorizada, aparece en contra de la prohibición establecida en el artículo 72 del Decreto 3849/70, es claro que tal situación se ha de resolver no aplicando sin más, las normas previstas para los supuestos de normalidad y legalidad, y si aplicando esas normas, en cuanto por analogía sean aplicables y aplicando los criterios de equidad, evitando el enriquecimiento injusto o el perjuicio injusto para alguna de las partes, buscando en definitiva el oportuno equilibrio, y siempre de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso, como ha hecho esta Sala en sentencias de 28 de octubre de 1997 y en la de 11 de mayo de 2004 , en las que entre otros se declara, que en supuestos

Consecuentemente y como señala la Abogacía del Estado en su Informe de 22 de julio de 2016, *“para determinar si procede el abono de intereses de demora por obra ejecutada fuera del contrato hay que estar a las concretas circunstancias del caso, siendo un dato relevante, entre otros, que la Administración haya recibido las obras y haya ocupado la edificación sin efectuar ninguna reserva o protesta (...) Por lo tanto, cuando la Administración efectúa en el acto de recepción alguna reserva o protesta e inicia seguidamente un procedimiento de convalidación de las obras ejecutadas fuera de contrato, ha de entenderse que el devengo de intereses de demora asociado a las mismas se produce desde la fecha de la convalidación, pues resulta determinante que, pese a*

similares al de autos, en el se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración, el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial.

En relación con los intereses derivados de una obra realizada fuera del contrato pero aceptada por la Administración, la sentencia de 28 de octubre de 1997, declaró que la Administración debía abonarlos desde la fecha de la recepción al haberlas recibido sin formular protesta, ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra, y, en la sentencia de 11 de mayo de 2004, se declaró que no procedía el pago de intereses desde el año 1992, fecha en que se solicitaba, por ser esta la de la entrega de las obras y si la a partir de 1995, de acuerdo con una resolución de la Administración de 13 de junio de 1994, que había sido aceptada por el contratista Dragados y Construcciones S.A.

Pues bien a partir de tal doctrina, de las normas aplicables y de las circunstancias que en el caso de autos concurren, es procedente declarar que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de 1998, en atención, por un lado, a que la Administración en el acta de recepción de las obras expresamente hizo constar cuales eran las obras realizadas fuera del contrato, por otro, a que el abono de las mismas obligó a una modificación del contrato y a la tramitación de un crédito extraordinario aprobado, por Real Decreto Ley, y cuando en fin la convalidación definitiva de las obras se produce por acuerdo del Consejo de Ministros de 1998, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las obras, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos.

Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre las obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato.

Y no hay que olvidar, como más atrás se ha expuesto, de una parte, que en otra ocasión un contratista en situación similar al de autos, ya aceptó el cobro de los intereses de las obras realizadas fuera del contrato a partir de la fecha de la convalidación y no de la recepción, y esta Sala a tal situación le dio su conformidad, y de otra, que si esta Sala en otra ocasión declaró que los intereses se producían a partir de la fecha de la recepción de las obras, ello lo fue, valorando entre otros, que la Administración no había hecho reserva alguna y en el caso de autos la Administración en el acta de recepción sí que hizo constar la realidad de las obras que se habían realizado fuera del contrato”.

existir un acto de recepción, el contratista supiese que las obras realizadas fuera de contrato exigían los trámites oportunos, siendo ésta una circunstancia conocida por ambas partes (contratista y Administración)”. Esta es por lo demás la doctrina que se desprende de la STSJM de 25 de julio de 2015 (Roj: STSJ M 9905/2015):

«El Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de julio del 2004 declara que "los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de la convalidación definitiva de la obra, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las mismas, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos".

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no procede conceder los intereses de demora solicitados, por cuanto que en el caso debatido, ni se ha expedido certificación por la Dirección Facultativa, ni se ha tramitado ni aprobado en forma ningún proyecto modificado ni existe solicitud alguna de ello y tampoco ha existido fiscalización previa, por lo que era necesario someter a autorización y convalidación del Consejo de Gobierno el gasto y las actuaciones administrativas del expediente, siendo así que en el caso presente al no haber existido actuación administrativa alguna y concederse tal cantidad únicamente por aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento sin causa (al margen de la normativa y regulación de los contratos administrativos), los únicos intereses que pueden ser concedidos son los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa (13 de marzo de 2013), así lo tiene reiteradamente declarado esta Sala y Sección, entre otras en Sentencia de fecha 06/06/2013, dictada en el recurso 1333/2011 , de fecha 09/03/2015 dictada en el recurso 849/2013 y de fecha 20/04/2015, dictada en el recurso 368/2013”⁷¹.

En cuanto al **IVA**, la jurisprudencia señala que no procede incluir su importe sobre la base respecto de la cual se calculan los intereses⁷². Finalmente no procede aplicar a las

⁷¹ En el mismo sentido y más recientemente, vid, de 15 de abril de 2016 (Roj: STSJ M 4050/2016).

⁷² Como señala la STS de 15 de junio de 2015 (Roj: STS 3114/2015) tampoco “la sentencia (recurrida) acierta cuando falla que no se debe incluir el importe del IVA para el cálculo de los intereses de demora. Ciertamente, tras la modificación del artículo 78 de la Ley 37/1992 por la Ley 23/1994 los intereses no están sujetos al impuesto y, tal como dice la Sala de Palma de Mallorca no incide en la posición de la recurrente ya que es un tributo neutro. En realidad, ACCESOS DE IBIZA, S.A. no ofrece verdaderos argumentos para desvirtuar el razonamiento seguido por la sentencia. En efecto, se limita a decir que no existe ningún precepto legal que obligue a calcular los intereses de demora sobre una cantidad debida deduciendo previamente el importe del IVA correspondiente a la misma. Sin embargo, ni discute los razonamientos de la sentencia según los que tales intereses no forman parte de la base imponible del impuesto y este es un tributo neutro para el contratista compensable en cada liquidación tributaria, ni ofrece una justificación alternativa que conduzca al resultado que defiende”.

unidades no contempladas en el proyecto la **revisión de precios** por cuanto que ésta únicamente puede tener como objeto las obras amparadas en el contrato⁷³.

Llegado este punto no podemos sino estar de acuerdo DE VICENTE GONZÁLEZ⁷⁴ cuando afirma que en este campo resulta preciso tomar dos tipos de medidas: las encaminadas a evitar la igualdad de efectos económicos entre contrato y enriquecimiento injusto, de tal manera que incentive un mayor interés del contratista en la realización de las prestaciones bajo la adecuada apariencia y forma contractual, y las dirigidas a sancionar en el ámbito de la Administración las formas más groseras de incumplimiento de las obligaciones de gestión contractual. En este sentido, resulta preciso para el citado autor, en opinión que compartimos, introducir una previsión legal de satisfacción al contratista de los enriquecimientos injustos producidas con base exclusivamente en los precios de ejecución material, sin adición a los mismos de gastos generales ni beneficio industrial, en la consideración que el valor de los bienes y obras recibidos debe ser exclusivamente el que se hubiera producido de haber efectuado la Administración dicha actividad por sus propios medios. Nada en definitiva que permita al contratista considerar ejecutando obras no previstas en el contrato va a ser remunerado como si de una prestación válida se tratase, puesto que no lo es. La cantidad a satisfacer por la Administración no es una contraprestación en cumplimiento de un contrato que no existe, sino una obligación restitutoria en evitación de las consecuencias de un lucro sin causa. Esta es por lo demás la jurisprudencia que se desprende de la STS de 11 de enero de 2013 (Roj: STS 462/2013), en la que se apunta que *“de lo contrario, se llegaría a la situación paradójica de que desde el punto de vista de las obligaciones nacidas del contrato la anulación de éste y su validez generarían iguales efectos”*.

⁷³ Como significa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 12 de septiembre de 2013 (STSJM 11515/2013): “(no) procede conceder revisión de precios sobre la totalidad de la obra, sino única y exclusivamente sobre la obra contratada, tal y como afirma el Juzgador de la instancia, por cuanto que los precios de la obra ejecutada fuera de contrato, no se encuentran amparados por éste”.

⁷⁴ DE VICENTE GÓNZALEZ, José Luis. *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local*. Revista de Administración Pública, número 168. Madrid, septiembre-diciembre 2005. Pág. 438

BIBLIOGRAFIA

-AGUADO í CUDOLÀ, Vicenç. Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos, en VV.AA. El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VILLAR ROJAS, Francisco José (coordinadores). INAP 2017.

-BACA ONETO Víctor Sebastián. La invalidez de los contratos públicos, Madrid: Thomson Civitas 2006.

-BAUZA MARTORELL, F. José. Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto. Revista española de Derecho Administrativo. 2016. Núm. 181. Págs. 227-252

-BLANCO HIGUERA, Alfonso. Obligación no convencional y gasto público: un binomio inadecuado. Auditoria Pública nº 65. 2015. Págs. 99- 106.

-BUSTO LAGO, José Manuel y PEÑA LÓPEZ, Fernando. Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, nº 1, 1997. Págs. 141-166.

-COSCULLELA MONTANER, Luis. Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el ámbito administrativo. Revista de Administración Pública, número 84. Septiembre/diciembre 1977. Págs.185-202.

-CUADRADO ZULOAGA, Daniel. Enriquecimiento sin causa en la contratación administrativa de obras. Actualidad Administrativa nº 18. La Ley. Octubre de 2007

-DE VICENTE GÓNZALEZ, José Luis. Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local. Revista de Administración Pública, número 168. Madrid, septiembre-diciembre 2005.

-GÓNZALEZ BOTIJA, Fernando y RODRIGUEZ MORILLA, Jesús A. El reformado anticipado en el contrato de obra pública. Aliter Libros Jurídicos. Barcelona 2018.

-LACRUZ BERDEJO, José Luis. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. Revista Crítica de D. Inmobiliario, 1969. Págs. 569-604.

-JURISTO SÁNCHEZ, Rafael. El contrato de obra pública. Madrid 1997.

-MARTÍN REBOLLO, Luis.

-Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras), en VV.AA. Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Segunda Edición Rafael GÓMEZ-FERRER (coordinador). Thomson Civitas. 2004.

-La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de

transparencia). Revista española de la Función Consultiva. Julio-diciembre 2009. Págs. 41-105.

-REBOLLO PUIG, Manuel.

-El enriquecimiento injusto de la Administración pública. Marcial Pons.1994.

-*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Documentación Administrativa. Nº 263-264 (mayo-diciembre 2002) Págs. 185 a 221.

-SANTOS BRIZ, Jaime. Artículo 1887. Comentarios al Código civil. Tomo XXIV. Artículos 1.887 a 1.929 del Código Civil. Edersa 2007.

-VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier.

-Tesis doctoral: La modificación de los contratos públicos. Universidad Pública de Navarra. 2014.

-La modificación de los contratos públicos. Aranzadi 2015.