GOIB CONSELLERIA PRESIDÈNCIA, FUNCIÓ PÚBLICA I IGUALTAT
ESCOLA BALEAR ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

UNITAT 2

INCIDÈNCIES EN L'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE AMB REPERCUSSIÓ PRESSUPOSTÀRIA. LA CONTRACTACIÓ IRREGULAR

CONTINGUTS

1. **Introducció**
2. **Incidències en l'execució del contracte amb repercussió pressupostària**
3. **L'expedient de modificació d'anualitats**
4. **Absència sobrevinguda de crèdit**
5. **La contractació irregular**

OBJECTIUS

1. **Conèixer aquelles incidències que poden sorgir en l'execució del contracte i que tenen una repercussió pressupostària i com és el procediment per a la seva tramitació**
2. **Conèixer la repercussió pressupostària de la contractació irregular i com és el procediment per a la seva regularització**

Autora: Mª Matilde Martínez Montero
Data d'elaboració: març de 2021
Aquesta obra es difon mitjançant la llicència Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional License.

1. Introducció

En la Unitat 1 s'ha exposat el procediment de tramitació i gestió econòmica dels expedients de contractació que es poden considerar estàndards, denominant amb aquest adjectiu aquells en els quals tant la documentació requerida com el compliment de totes les fases de despesa s'efectuen d'acord amb les disposicions que, amb caràcter ordinari, s'estableixen per a tots els expedients.

Són moltes i variades les causes (internes i externes) que al llarg de la vida del contracte poden dur aparellats ajusts pressupostaris i que requereixen d'una perfecta coordinació entre el promotor del contracte (responsable del contracte) i les unitats de contractació i de gestió econòmica, amb la finalitat d'assegurar que aquests es duguin a terme.

A més de les incidències que puguin sorgir en l'execució dels contractes, és possible que en la tramitació de l'expedient de contractació es produeixin incompliments (per desconeixement de la normativa, per falta de previsió o planificació, etc.) que també poden tenir repercussions pressupostàries.

Abans d'entrar a desenvolupar les incidències més habituals amb repercussió pressupostària, hem d'explicar els dos conceptes als quals ens referirem en l'explicació de cada supòsit.

D'una banda, parlarem d'AJUST PRESSUPOSTARI quan es tracta d'ajusts en l'import del contracte en l'anualitat corrent.

D'altra banda, parlarem de MODIFICACIÓ D'ANUALITATS o ajust d'anualitats quan, com a conseqüència d'una incidència, s'han de modificar anualitats futures ja compromeses o es converteix en pluriennal un expedient que inicialment no ho era.

2. Incidències en l'execució del contracte amb repercussió pressupostària

Els ajusts pressupostaris del contracte per incidències en l'execució poden dur aparellada o no una modificació d'anualitats, independentment que el contracte tingui o no caràcter pluriennal.

Les principals incidències en l'execució del contracte que poden tenir repercussió pressupostària són:

a) Retard en l'inici de l'execució del contracte

Es poden plantejar dos escenaris diferents:

- Retard en l'inici de l'execució en contractes en els quals la data de finalització és inamovible. Tant si el contracte té el caràcter de pluriennal com si no el té, en aquest cas caldrà ajustar l'import d'adjudicació al nou termini. Si el contracte era pluriennal, s'haurà de tramitar l'expedient de modificació d'anualitats tan sols si l'ajust de l'import afecta a anualitats futures.
  P. ex. Previst el termini d'un contracte des de l'1 de maig 2021 fins al 31 de maig de 2022. Data de finalització inamovible. Es formalitza el 15 de juny. S'haurà d'ajustar l'import d'adjudicació a la baixa restant l'import corresponent a un mes i mig d'execució. L'ajust tan sols afecta a l'anualitat corrent.
  Contracte des de l'1 de novembre fins al 31 de maig amb data de finalització inamovible. El contracte es formalitza el 15 de desembre. Atès que les previsions pressupostàries han d'adequar-se al ritme d'execució del contracte i de reconeixement de les obligacions, la mensualitat de desembre està pressupostada en l'anualitat següent. Per tant, l'ajust afecta a anualitat futura i s'haurà d'aprovar la modificació d'anualitats corresponent.

- Retard en l'inici de l'execució que impliqui el desplaçament en el temps del termini d'execució, per qualsevol raó d'interès públic degudament justificada, en contractes en els que la data d'inici i la de finalització no estan fixades de manera prèvia.

Aquesta incidència en contractes que no són de caràcter pluriennal, normalment no durà aparellat ajust pressupostari, ja que el desplaçament no comporta reducció del termini d'execució ni d'import, però pot ocórrer que un contracte que s'havia d'executar en un sol exercici pressupostari es converteixi en un contracte de caràcter pluriennal.

P. ex. El contracte de serveis s'havia d'iniciar el dia 1 de setembre amb una durada de tres mesos. Es retarda l'inici de l'execució al 15 de novembre, per tant, atesa la regla d'imputació pressupostària de la despesa que implica el contracte en funció del moment en què la prestació pugui resultar exigible, s'haurien d'ajustar les anualitats deixant el pressupost de 15 dies de novembre en l'anualitat actual i passant la resta de l'import a l'anualitat següent, convertint en pluriennal un contracte que inicialment no ho era.

En el cas de contractes de caràcter pluriennal s'haurà d'ajustar l'import de les anualitats al ritme d'execució del contracte i de reconeixement de les obligacions.

En tots els casos de retard en l'inici de l'execució s'han de reajustar les anualitats amb caràcter previ a la comptabilització de la fase del disposició de la despesa de l'expedient, és a dir, s'ha d'ajustar el document comptable A per poder generar el document comptable D amb els imports correctament ajustats.

No pot tramitar-se un ajust d'anualitats amb increment de la despesa total en aquesta fase. Només pot ser disminució de l'import o reajustament d'anualitats.

b) Suspensió del contracte (ar.208 LCSP)

El concepte jurídic de suspensió implica la necessitat de ser repès amb els mateixos terminis de durada que estaven vigents en el moment de la seva declaració. En els supòsits de suspensió s'haurà d'ajustar el pressupost al ritme d'execució del contracte.

Es requereix la formulació d'un acta consignant les circumstàncies que han motivat la suspensió i la situació de fet del contracte. L'art. 103 del RGLCAP disposa que l'acta haurà d'expedir-se en el termini màxim de dos dies hàbils comptats des de l'endemà a aquell en el qual s'acordi la suspensió i que serà signada per un representant de l'òrgan de contractació i el contractista.

Acordada la suspensió de l'execució del contracte, el contractista té dret al fet que se li indemnitzin tots els danys i perjudicis que se li ocasionin en els termes de l'article 208 LCSP.

L'expedient de despesa que resulti de les indemnitzacions serà un expedient de despesa independent de l'expedient de contractació.

Exemple:

Contracte de 2 anys des de l'1 de setembre de 2021 per import de 300 mil euros.

ANUALITAT	**TERMINI D'EXECUCIÓ**	**PRESSUPOST**
2021	3 mesos (Set-Nov)	37.500 €
2022	1+11 mesos (Dec-Nov)	150.000 €
2023	1+8 mesos (Dec-Agost)	112.500 €

Es suspèn l'execució del contracte per causa imputable a l'administració per un període de 4 mesos des de l'1 de febrer de 2022:

ANUALITAT	**TERMINI D'EXECUCIÓ**	**PRESSUPOST**
2021	3 mesos (Set-Nov)	37.500 €
2022	1+1 (Dec-Gener)	25.000 €

2022	Suspensió 4 mesos	0,00 €
2022	6 mesos (Jun-Nov)	75.000 €
2023	1+8 mesos (Dec-Ago)	112.500 €
2023	3 mesos (Set-Nov)	37.500 €
2024	1 mes (Dec)	12.500 €

ANUALITAT	**TERMINI D'EXECUCIÓ**	**PRESSUPOST**	**AJUST REDISTRIBUCIÓ ANUALITATS**
2021	3 mesos	37.500 €	0
2022	8 mesos	100.000 €	- 50.000 €
2023	12 mesos	150.000 €	+ 37.500 €
2024	1 mes	12.500 €	+ 12.500 €

En el cas de contractes que no tinguin caràcter pluriennal tan sols s'haurà de tramitar l'expedient de despesa que resulti de l'aprovació de les indemnitzacions que corresponguin, excepte que com a conseqüència de la suspensió el contracte es converteixi en pluriennal, que s'hauran d'ajustar les anualitats al ritme d'execució del contracte.

c) Pròrrogues parcials o totals del termini d'execució

El termini d'execució d'un contracte pot fixar-se:

c.1) Com a termini de durada: En aquest cas, el temps opera com a element definitori de la prestació, de manera que, expirat el termini, el contracte s'extingeix necessàriament (per exemple, en contractes de serveis celebrats per un període determinat com ara neteja, manteniment, etc.).

c.2) Com a termini d'execució: En aquest supòsit, el temps opera com a simple circumstància de la prestació. Per això, el contracte no s'extingeix perquè arriba una determinada data, sinó quan es conclou la prestació pactada.

D'aquesta distinció entre terminis es deriven també diferents efectes:

c.1) La pròrroga del termini de durada s'atorga amb la finalitat que el contractista executi una altra vegada, per un nou període, la prestació contractada. Està regulada a l'article 29 de la LCSP (d'aplicació general) a més d'en altres preceptes de la LCSP específics per a alguns tipus de contractes (per exemple, l'article 279 de la LCSP, per als contractes de serveis). S'haurà de tramitar un expedient de pròrroga amb els mateixos requisits pel que fa al crèdit pressupostari que l'expedient de contractació, es a dir, s'haurà d'acreditar l'existència de crèdit adequat i suficient abans de l'aprovació de la pròrroga. No es tracta d'un ajust, sinó de la tramitació d'un nou expedient.

c.2) El termini d'execució es prorroga amb la finalitat que el contractista aconsegueixi acabar la prestació encara inacabada. En aquest cas, no es concedeix pròpiament al contractista un nou període perquè repeteixi en el temps la prestació pactada, sinó que se li atorga una ampliació del termini inicialment concedit perquè pugui finalitzar la prestació contractada. Art. 195 LCSP

c.3) No comporta ajust de l'import ja que tan sols s'amplia el termini però no es modifica l'import del contracte. Pot dur aparellada modificació d'anualitats si com a conseqüència de l'ampliació es pacten nous terminis de pagament i es converteix en pluriennal un contracte que no ho era o s'afegeixen noves anualitats a les que ja s'havien aprovat.

El termini d'execució pot prorrogar-se a instàncies del contractista o d'ofici per l'Administració.

En tot cas, tant la pròrroga del termini de durada com la pròrroga del termini d'execució només poden acordar-se mentre està vigent el contracte.

d) Modificacions del contracte

La modificació dels contractes és una potestat de l'Administració que, com a tal, ha d'exercir-se a través del corresponent procediment i amb unes exigències de motivació i formalització.

Els contractes de les Administracions Públiques podran modificar-se durant la seva vigència fins a un màxim del 20 % del preu inicial quan en els plecs de clàusules administratives particulars s'hagués advertit expressament d'aquesta possibilitat.

Les modificacions no previstes en el plec de clàusules administratives particulars o que, havent estat previstes, no s'ajustin al que s'estableix en l'article 204, només podran realitzar-se quan la modificació en qüestió compleixi els requisits de l'article 205.

Les modificacions de l'art.205 seran obligatòries per als contractistes quan impliquin, aïllada o conjuntament, una alteració en la seva quantia que no excedeixi del 20 % del preu inicial del contracte, IVA exclòs.

Quan la modificació no resulti obligatòria per al contractista, la mateixa només serà acordada per l'òrgan de contractació prèvia conformitat per escrit d'aquest, resolent-se el contracte, en cas contrari.

Les modificacions contractuals impliquen un ajust pressupostari que pot ser tant a l'alça com a la baixa.

Si el contracte no és pluriennal tan sols és necessari tramitar l'ajust pressupostari corresponent. Si es tracta d'un contracte pluriennal i la modificació afecta a l'anualitat corrent tampoc no és necessari tramitar expedient de modificació d'anualitats, sinó tan sols l'ajust pressupostari corresponent.

Pot ser que la tramitació de la modificació del contracte dugui aparellada la suspensió de l'execució. En aquest cas s'haurien d'efectuar també els ajusts corresponents a la suspensió del contracte.

3. L'expedient de modificació d'anualitats

La modificació d'anualitats està regulada en:

- Art.96 Reglament General Llei de contractes.
- Art.66 Llei 14/2014, de finances de la CAIB.
- Art.22 Decret 75/2004, de desenvolupament de la llei de finances. Tipus de modificació d'anualitats.
- Comunicació Intervenció General 22 desembre 2006.
- Comunicació DG de Pressuposts de 27 de gener de 2020.

Els expedients de modificació d'anualitats es tramitaran de forma paral·lela a la tramitació de l'expedient que correspongui i contindran, en tot cas, la documentació següent:

a) Memòria justificativa de la necessitat de modificació de l'anualitat (suspensió, retard inici de l'execució, pròrroga del termini d'execució, modificació...);

b) Conformitat del contractista en la modificació de les anualitats, quan el plec de clàusules administratives no estableixi la facultat de modificació a favor de l'Administració;

c) Document A, D o AD + o / corresponent a la proposta d'ajust d'anualitats ;

d) Informe de la unitat de gestió econòmica a què es refereix l'apartat 1 de l'article 21 del Decret 75/2004;

e) Quan s'ultrapassin els límits establerts en l'article 65.1 o quan l'import global de les anualitats corresponents als exercicis futurs excedeixi en total d'un milió d'euros, proposta d'aprovació de l'ajust d'anualitats subscrita pel titular de la secció corresponent dirigida al conseller competent en matèria d'hisenda i pressuposts i informe de la Direcció General competent en matèria de pressuposts; en la resta de casos proposta d'aprovació de l'ajust d'anualitats adreçada al secretari general de la conselleria.

g) Fiscalització prèvia de la Intervenció General quan la modificació impliqui un augment de la despesa total igual o superior a 30.000 € o un augment del mateix import en alguna de les anualitats en cas d'expedients pluriennals, excepte en el que concerneix el Servei de Salut de les Illes Balears.

h) Aprovació de l'ajust d'anualitats pel Conseller competent en matèria d'hisenda i pressuposts o pel secretari general de la Conselleria.

CIRCUITS DE SEINCO PER A LA TRAMITACIÓ D'AJUSTS A L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓAJCON

Aquesta ruta que es denomina "Ajusts abans de l'adjudicació o de la formalització del contracte/conveni", permetrà ajustar les anualitats inicialment previstes a les necessitats reals en el moment en què es conegui amb seguretat l'inici de la prestació.

Inclou la possibilitat d'augmentar alguna de les anualitats previstes indicant "amb efectes econòmics d'augment", sempre que això no impliqui l'augment del total de licitació, que en el sistema no s'hagi indicat la marca d'adjudicat a la pestanya d'adjudicatari i no s'hagi generat el document D/AD.

MOD 04

Permet la modificació o suspensió del contracte o conveni, així com la pròrroga del termini d'execució o la redistribució de les anualitats, una vegada comptabilitzada la fase de disposició de la despesa.

4. Absència sobrevinguda de crèdit

L'absència sobrevinguda de crèdit pot derivar de la falta de diligència a dur a terme els ajusts pressupostaris necessaris o de la falta d'aprovació del pressupost en casos d'expedients de caràcter pluriennal o de tramitació anticipada.

Aquesta absència sobrevinguda de crèdit haurà d'esmenar-se amb els instruments que la normativa pressupostària posa a l'abast del centre gestor del contracte.

En el primer cas, quan l'absència de crèdit derivi d'una manca de coordinació entre la unitat administrativa de contractació o el servei promotor i la unitat de

gestió econòmica, es dotarà la partida pressupostària ja sigui mitjançant la vinculació de crèdits o mitjançant transferència de crèdit d'altra partida pressupostària i es tramitarà el corresponent expedient de modificació d'anualitats si és necessari.

P.ex. Quan s'ha tramitat el procediment per a la modificació d'un contracte però no s'ha tramitat l'increment de despesa corresponent i no hi ha crèdit suficient per al pagament de les factures. Existeix crèdit al pressupost però no s'ha tramitat la reserva de crèdit corresponent.

En el cas que l'absència sobrevinguda de crèdit es presenti per manca de crèdit en expedients de caràcter pluriennal o de tramitació anticipada de despesa que estan sotmesos a la condició suspensiva d'existència de crèdit adequat i suficient, si la Llei de Pressuposts no ha autoritzat crèdits suficients per al compliment de les obligacions del contracte, l'obligació esdevé inexigible i, fins i tot, posa en perill la permanència del contracte. P.ex. en el cas de pressuposts anuals prorrogats.

Aquesta circumstància s'ha d'esmenar pel procediment que està establert a l'article 47bis de la Llei General Pressupostària:

> En relació amb les obligacions nascudes de negocis o actes jurídics, formalitzats de conformitat amb l'ordenament jurídic i dels quals derivaren compromisos de despeses de caràcter pluriennal adquirits d'acord amb el que s'estableix en l'article 47 d'aquesta Llei, quan, excepcionalment, en algun dels exercicis posteriors a aquell en què es va assumir el compromís, la corresponent Llei de Pressupostos Generals de l'Estat no autoritzés crèdits suficients per al compliment d'aquestes obligacions, s'actuarà de la següent manera:
>
> 1r) L'òrgan competent per a aprovar i comprometre la despesa estarà obligat a comunicar tal circumstància al tercer, tan aviat com es tingui coneixement d'això.
>
> 2n) Sempre que ho permetin les disponibilitats dels crèdits, s'acordarà, d'acord amb el procediment establert en les corresponents normes, la reprogramació de les obligacions

assumides per cada part, amb el consegüent reajustament d'anualitats, ajustant-lo a les noves circumstàncies.

3r) Quan no resulti possible procedir en els termes indicats en el punt 2n) anterior, l'òrgan competent acordarà la resolució del contracte seguint el procediment establert en les corresponents normes, i fixant les compensacions que, si escau, procedeixin.

En aquells supòsits en els quals l'obligació de la Hisenda Pública estigués condicionada, en el propi negoci o acte jurídic del qual derivi, a l'existència de crèdit adequat i suficient en els Pressupostos Generals de l'Estat de cadascun dels exercicis per als quals es va comprometre, l'òrgan administratiu, amb caràcter previ a acordar la resolució de la relació jurídica, valorarà el pressupost de despeses autoritzat i el grau d'execució de l'objecte del contracte, a fi de considerar solucions alternatives abans que operi la condició resolutòria, per a això haurà de notificar de manera fefaent al tercer tal circumstància.

5. La contractació irregular

Existeixen una sèrie de supòsits en els quals els contractes celebrats per l'Administració poden resultar invàlids. Aquests contractes són susceptibles de ser declarats nuls de ple dret o anul·lables si concorren algun dels supòsits generals previstos en la normativa sobre procediment administratiu comú o alguna de les causes específiques contingudes en la pròpia Llei de Contractes del Sector Públic.

Els principals motius que poden donar lloc a la irregularitat de la contractació i que poden tenir repercussió pressupostària són:

- Incompliment de la normativa pressupostària. Com hem dit en la Unitat 1, la manca o insuficiència de crèdit, de conformitat amb el que s'estableix en la normativa pressupostària vigent d'aplicació és causa de nul·litat del contracte. És una exigència legal que, en iniciar l'expedient, es comprovi l'existència de crèdit adequat i suficient en el sentit de disposar del finançament apropiat per a l'execució del contracte. El pressupost de fet perquè es produeixi la conseqüència jurídica de nul·litat plena del contracte és la manca de crèdit adequat i suficient en els pressuposts aprovats pel Parlament, no la manca d'acreditació.

- Contractació verbal de les prestacions o pròrrogues tàcites. Ocorre quan algú amb aparença d'autoritat, encarrega verbalment la realització d'una prestació o el lliurament d'un bé prescindint total i absolutament del procediment i de les seves formalitats. En aquests casos, normalment l'actuació s'executa i l'empresa presenta una factura i no existeix crèdit adequat i suficient al pressupost per al seu abonament. L'acte verbal d'adjudicació dels contractes, al marge del procediment establert, no pot ser font d'obligacions per a l'Administració, per suposar un vici de nul·litat i no ser susceptible de convalidació.

La contractació irregular pot tenir com a conseqüència jurídica:

- Vicis d'anul·labilitat
- La nul·litat absoluta dels contractes

Depenent de l'existència o no de contracte formalitzat ens trobam amb dos escenaris diferents:

- Supòsits de nul·litat del contracte formalitzat per concurrència dels supòsits regulats en l'article 39 de la LCSP, entre els quals s'inclou la nul·litat per inexistència de crèdit. Requereixen la tramitació d'un procediment de revisió d'ofici per a la declaració de nul·litat del contracte abans del reconeixement extrajudicial del deute.
- Actuacions , normalment contractacions verbals, que donen lloc a contractes jurídicament inexistents. Requereixen la tramitació de la declaració d'inexistència jurídica del contracte abans del reconeixement extrajudicial del deute.

5.1. Nul·litat del contracte per inexistència de crèdit

La inexistència de crèdit és un dels incompliments que poden viciar de nul·litat el procediment de contractació administrativa. En efecte, la legislació de contractació ha inclòs aquesta causa de nul·litat dels contractes de manera similar en les successives lleis sobre contractes del sector públic, recollint-la en l'actualitat en l'article 39 de la LCSP.

També la nostra Llei de Finances, en consagrar el caràcter limitatiu dels crèdits en el seu article 27, disposa que no es poden adquirir compromisos de despeses per quantia superior al seu import, essent nuls de ple dret els actes administratius i les disposicions generals amb rang inferior a llei que incompleixin aquesta obligació.

D'altra banda, la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, estableix que constitueix infracció molt greu en matèria de gestió econòmico pressupostària, els compromisos de despeses sense crèdit suficient per a realitzar-los i la sanciona amb la inhabilitació per a ocupar càrrec públic durant un període d'entre cinc i deu anys i l'obligació de restituir les quantitats satisfetes indegudament.

Aquesta qüestió no és fútil ja que, en els últims anys, la contractació administrativa en l'àmbit de la sanitat en la major part de les Comunitats Autònomes, ha estat exposada a la problemàtica de declarar la nul·litat per la falta de crèdit suficient per a dur-la a terme. No hi ha més que revisar els inflats saldos dels comptes de les obligacions pendents d'imputar al pressupost dels diferents serveis de salut per a comprendre que moltes de les actuacions s'han dut a terme sense la suficient dotació pressupostària per a poder abonar les despeses, la qual cosa com s'ha advertit, és un acte invàlid perquè incorre en la causa de nul·litat de l'article 39 de la LCSP[1] i, per tant, procediria la declaració de nul·litat de ple dret del mateix per no resultar conforme a dret.

En la nostra Comunitat Autònoma, la solució emprada per a la regularització dels pagaments que es deriven d'un contracte formalitzat sense el crèdit adequat és l'assenyalada a la Instrucció 2/2012, de 12 de març, de la Interventora General i de la Directora de l'Advocacia sobre la tramitació que s'ha de seguir per als supòsits de reconeixement extrajudicial de crèdits derivats de la contractació irregular. Determinen la necessitat d'iniciar un expedient de revisió d'ofici en el cas que s'adverteixi una causa de nul·litat com la referida anteriorment, això és, la falta de crèdit pressupostari.

1 Article 39. Causes de nul·litat de dret administratiu.

2. *a)* «La manca o insuficiència de crèdit, de conformitat amb el que s'estableix en la Llei 47/2003, de 26 de novembre, General Pressupostària, o en les normes pressupostàries de les restants Administracions Públiques subjectes a aquesta Llei, excepte els supòsits d'emergència».

En els antecedents de la Instrucció s'indica que

> *la nul·litat absoluta de l'actuació administrativa té com a conseqüència la impossibilitat que es deriven obligacions contractuals, la qual cosa no eximeix de l'obligació d'abonar les prestacions efectuades. En virtut del principi general del dret segons el qual ningú pot enriquir-se en detriment d'un altre, naix una obligació ex lege, i l'Administració ha de restituir l'enriquiment. Per tant, l'expedient d'enriquiment injust o de reconeixement extrajudicial de deute es presenta com un instrument de despesa per a fer efectiva la liquidació prevista en l'apartat 1 de l'article 42 de la LCSP, que porta causa de la resolució d'un expedient de revisió d'ofici i la seva finalitat és evitar l'enriquiment injust de l'Administració.*

L'Administració no pot triar a plena discrecionalitat el procediment al qual ha de sotmetre la qüestió, atès que existeix una regulació específica en la LCSP que passa per declarar la nul·litat, liquidar i indemnitzar. L'existència d'una causa de nul·litat fa que la via adequada sigui la tramitació del procediment de revisió d'ofici. El procediment a seguir en aquests casos i els seus efectes, ve establert en els articles 41 i 42 de la LCSP.

PROCEDIMENT DE DECLARACIÓ DE NUL·LITAT

D'acord amb el que estableix l'article 41 de la LCSP s'ha de tramitar el procediment de revisió d'ofici d'acord amb la Llei 39/2015 d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, i obtenir el dictamen del Consell Consultiu per tal de declarar la nul·litat de la contractació subscrita il·legalment amb una empresa determinada, l'import de la qual no hagi estat abonat.

La competència per a tal declaració s'haurà d'atribuir a un òrgan les resolucions del qual esgoten la via administrativa. L'òrgan competent és l'òrgan de contractació, quan es tracti de contractes d'una Administració Pública.

La declaració de nul·litat dels actes preparatoris del contracte o de l'adjudicació, quan sigui ferma, portarà en tot cas la del mateix contracte, que entrarà en fase

de liquidació, havent de restituir-se les parts recíprocament les coses que hagueren rebut en virtut del mateix i si això no fos possible es retornarà el seu valor. La part que resulti culpable haurà d'indemnitzar a la contrària dels danys i perjudicis que hagi patit.

La nul·litat dels actes que no siguin preparatoris només afectarà a aquests i les seves conseqüències.

La procedència o no de benefici industrial no és un tema pacífic. Per Instrucció 3/2016, de 20 de juliol, de l'interventor general de la Comunitat Autònoma i del director de l'Advocacia de la Comunitat autònoma es va suspendre provisionalment l'aplicació de l' apartat 5 b in fine de la Instrucció 2/2012, que amb caràcter imperatiu prohibeix, en tot cas, la inclusió del benefici industrial en el total de la restitució que s'ha d'aprovar a favor de l'empresa subministradora quan es liquidin els béns o les prestacions rebuts, perquè resulta un efecte ad extra que pot perjudicar tercers.

La tramitació de l'expedient de despesa derivada del reconeixement extrajudicial de crèdit, que porta causa en la liquidació que ha d'efectuar-se una vegada declarada la nul·litat del contracte, requerirà les autoritzacions, informes i fiscalització prèvia que correspongui, en funció de la normativa pressupostària d'aplicació per a cada supòsit. Aquesta tramitació la veurem en l'apartat següent.

Les actuacions que ha de dur a terme el centre gestor per a la declaració de nul·litat del contracte són:

a) Investigació sobre els fets consumats amb l'objectiu de determinar si les actuacions es varen produir sota el principi de bona fe i confiança legítima, de manera que es pugui assegurar que el desequilibri econòmic que invoca el contractista no es pot atribuir a la seva pròpia iniciativa ni posa de manifest la seva voluntat maliciosa.

   Aquesta investigació s'ha de materialitzar en una memòria final.

b) Els serveis tècnics especialitzats han de confeccionar la liquidació del contracte o de la indemnització que s'ha d'aprovar. El cost econòmic, en qualsevol cas, ha d'incloure l'enriquiment de

l'Administració, és a dir, el valor de la cosa que l'Administració hagi rebut. Respecte al benefici industrial, com ja hem dit abans, per Instrucció 3/2016, de 20 de juliol, de l'interventor general de la Comunitat Autònoma i del director de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma es va suspendre provisionalment l'aplicació de l' apartat 5 b in fine de la Instrucció 2/2012, que amb caràcter imperatiu prohibeix, en tot cas, la inclusió del benefici industrial en el total de la restitució que s'ha d'aprovar a favor de l'empresa subministradora quan es liquidin els béns o les prestacions rebuts, perquè resulta un efecte ad extra que pot perjudicar tercers.

c) S'ha de dur a terme la recepció formal de la prestació abans de reconèixer extrajudicialment el crèdit. En el cas d'obres, amb posterioritat a l'execució s'ha d'aprovar el projecte corresponent amb l'abast suficient que permeti que les obres quedin perfectament definides i, en conseqüència, delimitat el domini públic.

d) Audiència als interessats.

e) Informe del Consell Consultiu.

g) Resolució per la qual es declara la nul·litat dels actes i es fixa l'import del deute que s'ha de reconèixer al contractista.

h) Quan la prestació s'estigui executant en el moment en què es faci patent la contractació irregular, l'Administració té l'obligació de posar fi a aquesta actuació anormal.

El transcurs del termini de tres mesos des del seu inici sense dictar-se resolució produirà la caducitat de l'expedient.

5.2. Contractació verbal

La revisió d'ofici vista en l'apartat anterior per mitjà del procediment regulat en la Llei 39/2015 i al qual es refereix l'article 41 de la LCSP només té sentit per al cas de contractes existents, és a dir, per al cas de contractes que, amb independència de la seva nul·litat intrínseca com a conseqüència de l'eventual nul·litat dels actes previs i separables, existeixen jurídicament perquè es varen formalitzar d'acord amb el que exigeix la legislació contractual. Així doncs, si jurídicament el contracte

no existeix, deixa de tenir sentit qualsevol anàlisi sobre la seva validesa o nul·litat en cas d'haver existit.

En l'àmbit administratiu, una via per reparar aquest enriquiment injust, quan, atesa la inexistència jurídica del contracte, el procediment de revisió d'ofici d'actes nuls no és el que escau realment, podria ser el reconeixement extrajudicial del crèdit. No obstant això, aquesta via constitueix un procediment accessori o d'execució —anàleg al procediment de liquidació del contracte, quan aquest és declarat nul, que resulta del que disposa l'article 42 de la LCSP, abans esmentada — que s'ha de limitar a concretar i quantificar la regularització o liquidació de les prestacions efectuades en el marc del contracte inexistent, quan no és possible la restitució recíproca entre les parts, i també la imputació de la despesa corresponent en el pressupost vigent, i que, per tant, ha de derivar d'un procediment principal o substantiu pel qual es declari expressament i formalment la inexistència jurídica del contracte.

Tot i que aquest tipus d'actuacions, que donen lloc a contractes jurídicament inexistents, són relativament habituals, no hi havia una normativa específica que reguli ni la declaració de la inexistència del contracte, d'una banda, ni la liquidació d'aquest a conseqüència de la inexistència jurídica declarada, de l'altra, amb la consegüent inseguretat jurídica en l'actuació dels centres gestors i dels proveïdors, que han prestat normalment de bona fe els béns o serveis sol·licitats.

L'article 39 del Decret 8/2020, de 13 de maig, de mesures urgents i extraordinàries per a l'impuls de l'activitat econòmica i la simplificació administrativa en l'àmbit de les administracions públiques de les Illes Balears per pal·liar els efectes de la crisi ocasionada per la COVID-19 aborda la regulació destinada a depurar l'aparença jurídica que resulta de la denominada «contractació irregular», especialment dels contractes verbals, la qual cosa ha de permetre, alhora, el reconeixement extrajudicial del crèdit que pertoqui en cada cas a favor del prestador del bé o servei, atesa la problemàtica suscitada per la regulació insuficient d'aquesta qüestió, de la qual, avui en dia, únicament es preveuen possibles pagaments a compte, com a mesura cautelar o provisional del procediment que correspongui, en l'apartat 8 de l'article 70 de la Llei 14/2014, de 29 de desembre, introduït a aquest efecte per mitjà de la Llei 18/2016, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2017.

PROCEDIMENT PER A LA DECLARACIÓ DE LA INEXISTÈNCIA JURÍDICA DEL CONTRACTE

Aquest procediment està regulat a l'apartat 2 de l'article 39 del Decret llei 8/2020, de 13 de maig.

S'ha d'iniciar d'ofici per mitjà d'una resolució del conseller competent o del màxim òrgan unipersonal de l'ens, que ha de nomenar un instructor, i s'han de verificar, com a mínim, els tràmits següents:

a) Memòria justificativa del responsable de la unitat que va promoure la realització de l'obra, el subministrament del bé o la prestació del servei.

b) Audiència del proveïdor del bé o el servei i, en general, de les persones o entitats interessades.

c) Informe dels serveis jurídics competents, que s'ha de pronunciar en tot cas sobre la inexistència jurídica del contracte.

d) Proposta de resolució del conseller competent o del màxim òrgan unipersonal de l'ens.

e) Acord del Consell de Govern o del màxim òrgan col•legiat de l'ens pel qual es declari la inexistència jurídica del contracte.

El termini màxim per resoldre expressament i notificar l'acord corresponent és de tres mesos, i la conseqüència de l'incompliment d'aquest termini màxim és la caducitat del procediment.

Sempre que es disposi de tots els elements de judici per a això, la resolució d'inici del procediment de declaració d'inexistència jurídica del contracte podrà decidir que s'acumuli, i, en conseqüència, que es tramitin conjuntament, el procediment esmentat i el procediment de reconeixement extrajudicial del crèdit.

RECONEIXEMENT EXTRAJUDICIAL DEL CRÈDIT

Està regulat a l'article 39.4 del decret llei. La declaració de nul•litat del contracte o la declaració d'inexistència jurídica d'aquest a què es refereixen els apartats

anteriors, comporta que el contracte entri en liquidació, havent-se de restituir les parts les coses que hagin rebut en virtut d'aquest i, si no és possible, el valor de mercat de les prestacions respectives al temps de la seva realització.

El procediment de reconeixement extrajudicial de crèdits s'ha d'iniciar d'ofici per mitjà d'una resolució del conseller competent o del màxim òrgan unipersonal de l'ens, que ha de nomenar un instructor, i s'han de verificar, com a mínim, els tràmits següents:

a) Informe del responsable de la unitat que va promoure la realització de l'obra, el subministrament del bé o la prestació del servei, que s'ha de pronunciar sobre els punts següents:

1r. Les causes per les quals no es va formalitzar el contracte, la impossibilitat de la restitució de les prestacions recíproques i la necessitat de procedir a la regularització o liquidació del contracte irregular per evitar l'enriquiment injust de l'Administració.

2n. Les dates o els períodes de realització de les despeses i la relació detallada de les factures degudament conformades per les unitats competents.

3r. La valoració dels béns lliurats, dels serveis prestats o de les obres duites a terme en cada cas, calculada als preus de mercat vigents en el moment d'encarregar la prestació, als efectes de la regularització o liquidació que sigui procedent, amb la quantificació corresponent, la qual ha de servir de base a la proposta de resolució del conseller o del màxim òrgan unipersonal de l'ens a què es refereix la lletra d).

En la valoració que es faci es pot proposar la inclusió del benefici industrial prèvia ponderació de les circumstàncies esdevingudes en cada cas, sempre que les prestacions del proveïdor s'hagin produït de bona fe i seguint ordres de l'Administració.

4t. L'existència de crèdit adequat i suficient o, si escau, de dotació a la rúbrica comptable, per atendre la despesa.

Així mateix, l'informe del responsable de la unitat promotora ha d'adjuntar els documents següents:

1r. Certificat expedit per la unitat de gestió econòmica o la unitat responsable de la comptabilitat de l'ens en el qual es detallin les factures susceptibles de ser abonades, un cop comprovada la inexistència de duplicitat de factures, de devolució dels

subministraments, de compensació de factures o de qualsevol altra circumstància que pugui afectar el pagament d'aquestes.

2n. Certificat expedit pel mateix responsable de la unitat promotora en el qual es faci constar que s'han duit a terme les obres, s'han prestat els serveis o s'han subministrat els béns.

3r. Acord del Consell de Govern o del màxim òrgan col•legiat de l'ens pel qual es declari la inexistència jurídica del contracte, amb excepció que ambdós procediments s'hagin acumulat.

b) Audiència del proveïdor del bé o el servei i, en general, de les persones o entitats interessades.

c) Informe dels serveis jurídics competents, que s'ha de pronunciar sobre la correcció del procediment seguit i, en general, sobre les qüestions de dret que pugui suscitar l'expedient.

d) Proposta de resolució del conseller competent o del màxim òrgan unipersonal de l'ens.

e) Fiscalització prèvia, si escau, de la Intervenció General de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

f) Acord del Consell de Govern o del màxim òrgan col•legiat de l'ens pel qual s'acordi el reconeixement extrajudicial del crèdit i també, per al cas de l'Administració de la Comunitat Autònoma i la resta d'entitats integrants del sector públic administratiu, l'autorització i disposició de la despesa i el reconeixement de l'obligació a càrrec del pressupost corresponent.

El termini màxim per resoldre expressament i notificar l'acord corresponent és de tres mesos, i la conseqüència de l'incompliment d'aquest termini màxim és la caducitat del procediment.

Una vegada aprovada la liquidació i reconeguda l'obligació al contractista, que no té caràcter d'obligació d'exercicis tancats als efectes del que disposa l'article 51 de la Llei 14/2014, de 29 de desembre, de finances de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, sens perjudici de l'obligació de comptabilització en el compte de «Creditors per operacions meritades», aquesta s'ha d'abonar en el termini de trenta dies des de la seva aprovació.

L'acord favorable del Consell de Govern o de l'òrgan col•legiat superior de l'entitat no eximeix la depuració de les responsabilitats que, si escau, siguin exigibles.

Excepcionalment, per al reconeixement extrajudicial de crèdits amb càrrec a la Hisenda de la comunitat autònoma, el Consell de Govern, a proposta del conseller competent en matèria d'hisenda i pressuposts, abans fins i tot de la iniciació dels procediments corresponents, pot ordenar la mesura provisional que aquests crèdits s'imputin immediatament al pressupost a efectes de dur a terme els pagaments corresponents, sense necessitat de garantir l'obligació. Aquests pagaments són de caràcter a compte i l'import definitiu es determina a la liquidació que resulti del procediment corresponent, que s'ha d'incoar en un termini màxim de quinze dies.

En aquests casos, la proposta que s'elevi al Consell de Govern, que s'ha de motivar degudament, ha d'incorporar, com a mínim, la documentació següent:

1r. La conformitat de la unitat competent amb les prestacions realitzades o amb els béns subministrats.

2n. El corresponent certificat d'existència de crèdit adequat i suficient, o, si escau, de dotació a la rúbrica comptable.

3r. Un certificat expedit per la unitat de gestió econòmica o la unitat responsable de la comptabilitat de l'ens en el qual es detallin les factures susceptibles de ser abonades, un cop comprovada la inexistència de duplicitat de factures, de devolució dels subministraments, de compensació de factures o de qualsevol altra circumstància que pugui afectar el pagament d'aquestes.

5.4. Anul·labilitat

La Instrucció 2/2012 no ignora el criteri restrictiu que adopta la Jurisprudència sobre l'admissió dels motius de nul·litat plena i exposa la necessitat de convalidar els possibles vicis d'anul·labilitat entre els quals destaca l'adjudicació dels contractes menors sense la prèvia autorització de la despesa —per entendre que en l'adjudicació directa d'aquests contractes no existeix un vertader procediment — i la falta d'acreditació d'existència de crèdit adequat i suficient, quan la irregularitat consisteixi exclusivament en la seva falta d'acreditació no en la seva inexistència en els Pressupostos Generals.

5.5. Responsabilitats

A més de la responsabilitat objectiva, es pot derivar responsabilitat subjectiva (administrativa, comptable, penal) que podria exigir-se a les autoritats i personal al servei de l'Administració que han intervingut en l'actuació irregular.

- Responsabilitat administrativa
    - Disposició addicional vint-i-vuitena de la LCSP: responsabilitat de les autoritats i del personal al servei de les Administracions:

      La responsabilitat patrimonial de les autoritats i del personal al servei de les Administracions Públiques derivada de les seves actuacions en matèria de contractació pública, tant per danys causats a particulars com a la pròpia Administració, s'exigirà d'acord amb el que es disposa en la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del Règim Jurídic del Sector Públic, així com en la normativa reglamentària de desenvolupament d'aquesta.

      La infracció o aplicació indeguda dels preceptes continguts en la LCSP per part del personal al servei de les Administracions Públiques donarà lloc a responsabilitat disciplinària, que s'exigirà conforme a la normativa específica en la matèria.• Article 176 Llei 47/2003 General Pressupostària. Les autoritats i altre personal al servei de les entitats contemplades en l'article 2 d'aquesta llei que per dol o culpa greus adopten resolucions o realitzen actes amb infracció de les disposicions d'aquesta llei, estaran obligats a indemnitzar a la Hisenda Pública estatal o, en el seu cas, a la respectiva entitat els danys i perjudicis que siguin conseqüència d'aquells, amb independència de la responsabilitat penal o disciplinària que els pugui correspondre.

      - Article 28 i 30 Llei 19/2013, de 9 de desembre de transparència, accés a la informació i bon govern

- Responsabilitat comptable

  Article 49 Llei 7/1988, de 5 d'abril, de funcionament del Tribunal de Comptes.

  Ha de coincidir acumulativament:

  - La conducta ha de comportar gestió de fons públics.

- S'ha d'haver produït vulneració de la normativa comptable o pressupostària..
- La conducta ha de produir un mal real i efectiu, econòmicament avaluable en el patrimoni públic.

- Responsabilitat penal

Les irregularitats administratives no són en si suficients per al naixement de la responsabilitat penal. Han de concórrer els elements essencials del tipus penal, per actuar de manera contrària a l'interès públic, en un acte de desviació de poder, resultant possible la imputació dels delictes de prevaricació, malversació de fons públics, frau a l'Administració, delicte contra la Hisenda Pública, entre altres.