



Govern de les Illes Balears

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 en els supòsits de reconeixement extrajudicial de crèdits derivats de la contractació irregular

1. Antecedents

Amb certa freqüència s'observa que arriben al Consell de Govern propostes d'acord de reconeixement extrajudicial de crèdit per tal d'evitar l'enriquiment injust de l'Administració en l'àmbit contractual. En la majoria dels casos es tracta d'una contractació verbal, referida a prestacions noves o a projectes modificats i complementaris sense seguir els procediments exigits per la normativa de contractació. En altres casos, s'ha seguit un procediment, tot i que totalment diferent al legalment establert. Tots, en definitiva, responen a la situació en què una empresa presenta una factura i l'Administració, que accepta la prestació, tot i que no existeix procediment contractual que li serveixi de cobertura, cerca una solució jurídica i acudeix al reconeixement extrajudicial de crèdit.

Malgrat que el reconeixement extrajudicial és una figura excepcional que s'hauria d'utilitzar en casos molt concrets per donar solució a aspectes molt puntuals, creiem que es fa servir massa vegades com un mitjà elusiu per l'incompliment de la normativa de contractació, com a solució procedimental que tot ho arregla.

La tramitació que se segueix fins ara consisteix generalment en el fet que el centre gestor incoa un expedient de reconeixement extrajudicial de crèdit amb una memòria explicativa de les circumstàncies que concorren en cada supòsit. En la documentació s'inclou un informe jurídic en relació amb la necessitat d'evitar l'enriquiment injust de l'Administració i, juntament amb les factures conformades, l'acreditació d'existència de crèdit i un informe de la Intervenció General que no entra en el fons de l'assumpte, s'eleva una proposta d'acord al Consell de Govern que reconeix extrajudicialment el crèdit indegudament contret. Aquesta tramitació és utilitzada igualment per altres administracions.¹

Ara bé, si es tracte d'un contracte adjudicat de forma verbal, contravenint la prohibició legalment establerta a l'article 28 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant TRLCSP), o sense seguir el procediment legalment establert per a procedir a la contractació, s'incorre en causa de nul·litat de ple dret, i si l'Administració adverteix la presència d'una causa de nul·litat el que pertoca és la tramitació del procediment de revisió d'ofici contemplat a l'article 102 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant LRJAP-PAC), procediment en el marc del qual s'ha de sol·licitar el dictamen del Consell Consultiu.²

¹ Dictamen 140/2004 del Consell Jurídic de la Regió de Múrcia: "No se recoge en la normativa local un procedimiento específico para sustanciar el reconocimiento de una obligación como la presente. No obstante, tanto por analogía como por su condición de derecho supletorio, puede aplicarse el previsto por el Real Decreto 2.188/1995, de 28 de diciembre, que disciplina la actuación a seguir cuando es necesario resolver incidentes originados por la omisión de la fiscalización previa en la tramitación de expedientes que den lugar a gastos y pagos".

² Dictamen 270/2002, de 23 d'octubre, del Consell Consultiu d'Andalusia: "Necesaria la previa declaración de nulidad del acto". Dictamen 373/2003, de 9 d'octubre: "Nulidad de contrato de obra. Omisión del procedimiento. Expediente de modificación contractual".



L'existència d'una causa de nul·litat fa que la via adequada sigui la tramitació del procediment de revisió d'ofici, amb exclusió d'altres que segons les circumstàncies podrien servir per fonamentar el pagament de la quantitat reclamada pel contractista a fi d'evitar l'enriquiment injust de l'Administració, com ara el reconeixement d'una indemnització derivada de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, amb subjecció a la normativa específica continguda en el títol X de l'LRJPAC, i la normativa que la desplega³.

Atesos la importància de l'assumpte i el nombre de casos que es produeixen en cada exercici pressupostari, es dicta aquesta Instrucció per tal de facilitar uns criteris homogenis per seguir en la tramitació que condueixi a la declaració de nul·litat de l'acte, procediment que es considera més adequat atesa la seva inclusió inicial en l'àmbit contractual, per així poder respondre de les despeses derivades de la contractació irregular.

2. Conceptes previs. Règim jurídic aplicable a la contractació irregular

El caràcter formal de la contractació administrativa es declara en l'article 28 del TRLCSP. En aquest precepte s'estableix la prohibició de la contractació verbal, excepte que el contracte tingui caràcter d'emergència, de conformitat amb el que en disposa article 113.1. Les contractacions que es duen a terme fora del marc legal establert són nul·les i, per tant, no poden ser efectives ni es poden abonar al contractista. Les conseqüències d'aquesta actuació es troben en les fonts del dret administratiu i, principalment, en el TRLCSP.

L'article 31 de la Llei esmentada estableix que els contractes de les administracions públiques i els contractes subjectes a regulació harmonitzada són invàlids quan ho sigui algun dels seus actes preparatoris o els d'adjudicació, pel fet que s'hi doni alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil.

L'article 32 del TRLCSP estableix que les causes de nul·litat són les que indica l'article 62.1 de l'LRJPAC. A més de les previstes en l'LRJPAC —entre les quals interessa la referida a prescindir totalment i absolutament del procediment establert perquè és la causa més corrent de la contractació irregular—, el TRLCSP esmenta la manca de capacitat d'actuar o de solvència de

tramitado a posteriori se pretendía dar cobertura a unas obras ya ejecutadas, no previstas en el proyecto inicialmente contratado, que fueron concertadas verbalmente y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido. La consecuencia no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho de la modificación operada, por lo que se dictamina favorablemente la declaración de nulidad postulada por la Administración”.

Dictamen 128/2010, d'11 de març, del Consell Consultiu de Canàries: “Procede la declaración de nulidad del contrato verbal de prestación del servicio de limpieza de la que se trata, a través del procedimiento de revisión establecido en el artículo 102 LRJPAC, sin perjuicio de las restantes observaciones recogidas en este Dictamen”. I, en igual sentit, el Dictamen 283/2010, de 6 de maig.

³ El Dictamen 3617/2000 del Consell d'Estat es pronuncia en sentit favorable a la concessió d'una indemnització tramitada en un procediment de responsabilitat patrimonial, perquè considera que, atès que no hi ha hagut expedient o procediment contractual previ, sinó una simple contractació verbal no emparada pel caràcter d'emergència, l'Administració estava obligada, per evitar un enriquiment injust, a indemnitzar els treballs duits a terme pel tercer, tot això sens perjudici de les responsabilitats eventuals de les autoritats o els funcionaris que dugueren a terme la contractació verbal prohibida.

En canvi, un posterior dictamen del mateix Consell d'Estat, de 7 de setembre de 2006, descarta, en un cas igual on es reclamava l'import d'un servei prestat sense contracte administratiu previ i havent-se prescindit total i absolutament del procediment previst en el TRLCAP, que es pugui reconduir el pagament a un supòsit de responsabilitat patrimonial de l'Administració a l'empara dels articles 139 i ss de la LRJPAC, “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”.



l'adjudicatari, com també la prohibició de contractar i la manca o insuficiència de crèdit, de conformitat amb la normativa pressupostària vigent aplicable. Quan es produeix alguna de les causes esmentades, el vici no es pot esmenar i, per tant, no és possible validar l'acte, ni per part de l'òrgan de contractació ni per part del Consell de Govern o qualsevol altre òrgan.

El pressupost de fet del que parteix l'article 32 c del TRLCSP 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.

En els contractes menors no hi ha cap procediment per a la seva adjudicació que efectui de manera directa l'òrgan de contractació, segons l'article 138.3 del TRLCSP. En conseqüència, no es pot entendre que s'ha prescindit totalment i absolutament del procediment establert quan s'ha executat el contracte menor sense l'aprovació prèvia de la despesa, exigida per aquests contractes segons l'article 11 del TRLCSP. Aquesta absència comporta un vici d'anul·labilitat que pot validar l'òrgan competent, d'acord amb l'article 67 de l'LRJAP-PAC, en el moment de reflectir comptablement el reconeixement de l'obligació i la proposta de pagament.

Quan el vici de l'acte s'hagi originat per la manca de capacitat d'actuar o de solvència de l'adjudicatari, perquè té prohibit contractar, per la manca o insuficiència de crèdit adequat —de conformitat amb el que estableix la normativa pressupostària vigent aplicable— o per alguna de les causes indicades en l'article 62.1 de l'LRJAP-PAC (en els contractes, fonamentalment haver prescindit totalment i absolutament del procediment establert), no és possible la validació ni per l'òrgan de contractació ni pel Consell de Govern o qualsevol altre òrgan.

El procediment que s'ha de seguir per regularitzar la situació creada s'estableix en l'article 34 del TRLCSP, que assenyalava que la revisió d'ofici dels actes preparatoris i dels actes d'adjudicació dels contractes s'ha de dur a terme de conformitat amb el que estableix el capítol I del títol VII de l'LRJAP-PAC. En tot cas, la competència s'ha d'atribuir a un òrgan les resolucions del qual exhaureixin la via administrativa, que en l'àmbit de l'Estat és l'òrgan de contractació.

L'article 35 del TRLCSP determina que la declaració de nul·litat dels actes preparatoris de l'adjudicació del contracte, quan sigui ferm, en comporta com a conseqüència la nul·litat, i el contracte entra en fase de liquidació, per la qual cosa s'han de restituir les parts recíprocament i, si no és possible, la part que resulti culpable ha d'indemnitzar la part contrària per danys i perjudicis soferts.

Aquestes normes especials relatives a la matèria de contractació remeten a l'article 62.1, "Causes de nul·litat", i a l'article 102, "Revisió de disposicions i actes nuls", de l'LRJAP-PAC.

L'article 102 estableix que les administracions han de declarar d'ofici la nul·litat dels actes en els supòsits previstos en l'article 62.1 d'aquesta Llei, amb el dictamen previ favorable del Consell d'Estat o òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma, si n'hi ha.

La nul·litat absoluta de l'actuació administrativa té com a conseqüència la impossibilitat de se'n desprenguin 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 no es pot enriquir en detriment d'un altre, neix 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 tal de fer efectiva la liquidació prevista en l'apartat 1 de l'article 35 del TRLCSP, que porta causa en la resolució d'un expedient de revisió d'ofici i la seva finalitat és evitar l'enriquiment injust de l'Administració.

En l'àmbit autonòmic, en concret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la responsabilitat dels alts càrrecs, dels funcionaris i del personal contractat al servei de la Comunitat Autònoma o de les seves entitats autònomes o empreses públiques, que, quan per mala fe o culpa, intervinguin en accions o omissions que causin un perjudici econòmic a la hisenda de la Comunitat, està establerta en l'article 96 del Text refós de la Llei de finances de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aprovat pel Decret legislatiu 1/2005.

La disposició addicional dinovena del TRLCSP declara que la infracció o aplicació indeguda dels preceptes continguts en la Llei per part del personal al servei de les administracions públiques, quan hi hagi almenys negligència greu, constitueix una falta molt greu la responsabilitat disciplinària de la qual s'ha d'exigir de conformitat amb la normativa específica en la matèria.

Ateses les consideracions exposades i d'acord amb l'article 21.1 i 2 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i l'article 2, apartats 1 i 2 del Decret 12/2011, de 18 de juny, del president, pel qual s'estableixen les competències i l'estructura orgànica bàsica de les conselleries de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, dictam la següent

Instrucció

1. Per poder abonar les factures cal seguir el procediment que estableixen el TRLCSP, l'LRJAP-PAC i la normativa pressupostària aplicable.
2. La contractació al marge del TRLCSP pot tenir com a conseqüència jurídica la nul·litat absoluta dels contractes. Aquesta situació es produeix només quan els vicis del procediment no es poden esmenar. En cas contrari, s'ha de validar d'acord amb l'article 67 de l'LRJAP-PAC.⁴
3. L'Administració no pot determinar discrecionalment quin ha de ser el procediment al qual ha de sotmetre aquestes qüestions, atès que hi ha una regulació específica en l'LCSP, que inclou declarar la nul·litat, liquidar i indemnitzar. El procediment que s'ha de seguir en aquests casos i els seus efectes s'estableixen en els articles 34 i 35 del TRLCSP.
4. Amb caràcter general, davant aquesta regulació, es considera imprescindible que la declaració de nul·litat es produeixi per poder reconèixer el deute fora de la via judicial. En conseqüència, en casos de contractació amb vicis de nul·litat plena, és necessari iniciar la tramitació d'un procediment de revisió d'ofici i obtenir el dictamen del Consell Consultiu per tal de declarar la nul·litat de la contractació subscripta il·legalment amb una empresa determinada, l'import de la qual no hagi estat abonat.

⁴ És important recordar les paraules del Tribunal Suprem, el qual disposa que "en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades, dada la complejidad de los intereses en los que los actos administrativos entran en juego".



La competència per a aquesta declaració s'ha d'atribuir a l'òrgan de contractació, sempre que els seus actes exhaurixin la via administrativa. L'efecte de la nul·litat és que el contracte entra en fase de liquidació.

5. Les actuacions que han de dur a terme els centres gestors són, amb caràcter general, aquestes:

- a) Abans de tot, cal dur a terme una investigació sobre els fets consumats i les conductes dutes a terme, tant per l'Administració que va encarregar la prestació com per l'empresa que va acudir a l'encàrrec, 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.

Si d'aquesta investigació, que s'ha de materialitzar en una memòria final, es destrien elements suficients per inferir una actuació clara i directa per part de l'empresari que va mes enllà del deure de col·laboració amb l'Administració, tot això amb la finalitat d'esquivar i obviar el procediment de publicitat, igualtat i lliure concurrència que ha de presidir la contractació administrativa, qui s'aventura a una actuació d'aquest tipus no pot exigir a l'Administració la protecció de la institució de l'enriquiment injust.⁵

- b) Els serveis tècnics especialitzats han de confeccionar la liquidació del contracte o de la indemnització que s'ha d'aprovar. El cost econòmic ha d'incloure en qualsevol cas l'enriquiment de l'Administració, és a dir, el valor de la cosa que l'Administració hagi rebut, i no és procedent un increment en concepte de benefici industrial.⁶
- c) Amb caràcter general s'ha de produir la recepció formal de tota 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) El vessant pressupostari de l'expedient fa que s'hagi de tramitar de conformitat amb les normes específiques que regulen els expedients de despesa, en els termes que preveu la normativa pressupostària aplicable, abans que s'aprovi. L'expedient de despesa derivada que porta causa en la liquidació del contracte declarada la nul·litat absoluta requereix les

⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 19 de gener de 2010: "Concluyendo, la Conselleria al no haber evitado que tuvieran lugar estas campañas en el momento oportuno, incidió en culpa in vigilando, y por ello acepta el pago de los gastos que estas campañas generaron a las hoy recurrentes, pero frente a los honorarios reclamados y que son objeto de debate en autos, no ha de responder, ya que retribuyen un trabajo fruto de un acuerdo malicioso que las recurrentes buscaron con clara intencionalidad para evitar los mecanismos legales fijados en la normativa de contratación administrativa."

⁶ Dictamen 270/2002, de 23 d'octubre, del Consell Consultiu d'Andalusia: "Como este Consejo Consultivo decía en el dictamen 142/2002, el valor de las prestaciones ha de ser calculado precisamente en el momento inicial en que se produjeron los pactos, pues hay que tener presente que, por el carácter originario, estructural e insubsanable de la nulidad, la propia naturaleza de la acción restitutoria determina que el momento de dicho cálculo deba ser el del pacto. Junto a lo anterior, y 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."

Sala Tercera Contenciosa Administrativa, Secció 4a, Sentència d'11 de maig de 2004, rec. 3055/1999. Execució d'obres no previstes en el projecte inicial, en el si d'una relació contractual: "Si bien es cierto que respecto a las obras ampliadas no hubo contrato formal escrito, resulta acreditado que dichas obras han sido ordenadas y aceptadas por la Administración sin formular reserva alguna, por lo que debe reconocerse el derecho del contratista al abono del beneficio industrial y de los intereses que le correspondan."



autoritzacions i els informes pertinents d'acord amb la normativa aplicable, i és necessari que el Consell de Govern l'autoritzi si la despesa és superior a 500.000 € o la quantia que disposi la llei de pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i sotmetre l'expedient al control de legalitat.

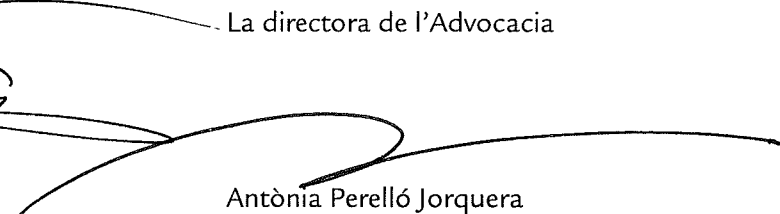
- e) Finalment, l'òrgan de contractació ha de dictar una resolució en la qual s'ha de declarar la nul·litat dels actes i s'ha de fixar l'import del deute que s'ha de reconèixer al contractista, amb un informe previ del Consell Consultiu. Aquesta resolució ha d'autoritzar i disposar la despesa i ha de reconèixer una obligació a favor del contractista, que no tindrà caràcter d'obligació d'exercicis tancats, als efectes del que disposa l'article 24 del Decret 75/2004 o la norma que el substitueixi.
- f) Quan la prestació s'estigui executant el moment en què es faci patent la contractació irregular, tant si l'empresa ja ha reclamat algun pagament com si no, l'Administració té l'obligació de posar fi a aquesta actuació anormal. Per tant, s'han de liquidar les prestacions ja efectuades que, si escau, podrien ser objecte d'indemnització per evitar l'enriquiment injust, amb la tramitació prèvia del procediment descrit anteriorment. La resta d'actuacions necessàries per a les finalitats de l'Administració s'han de contractar amb plena subjecció al TRLCSP i a la normativa que el desplega. El fet de permetre la continuïtat de la situació anormal podria desencadenar greus responsabilitats tant per a l'òrgan de contractació com per a l'empresa executora.

Palma, 12 de març de 2012

La interventora general

La directora de l'Advocacia


Maria Marqués Caldentey


Antònia Perelló Jorquera