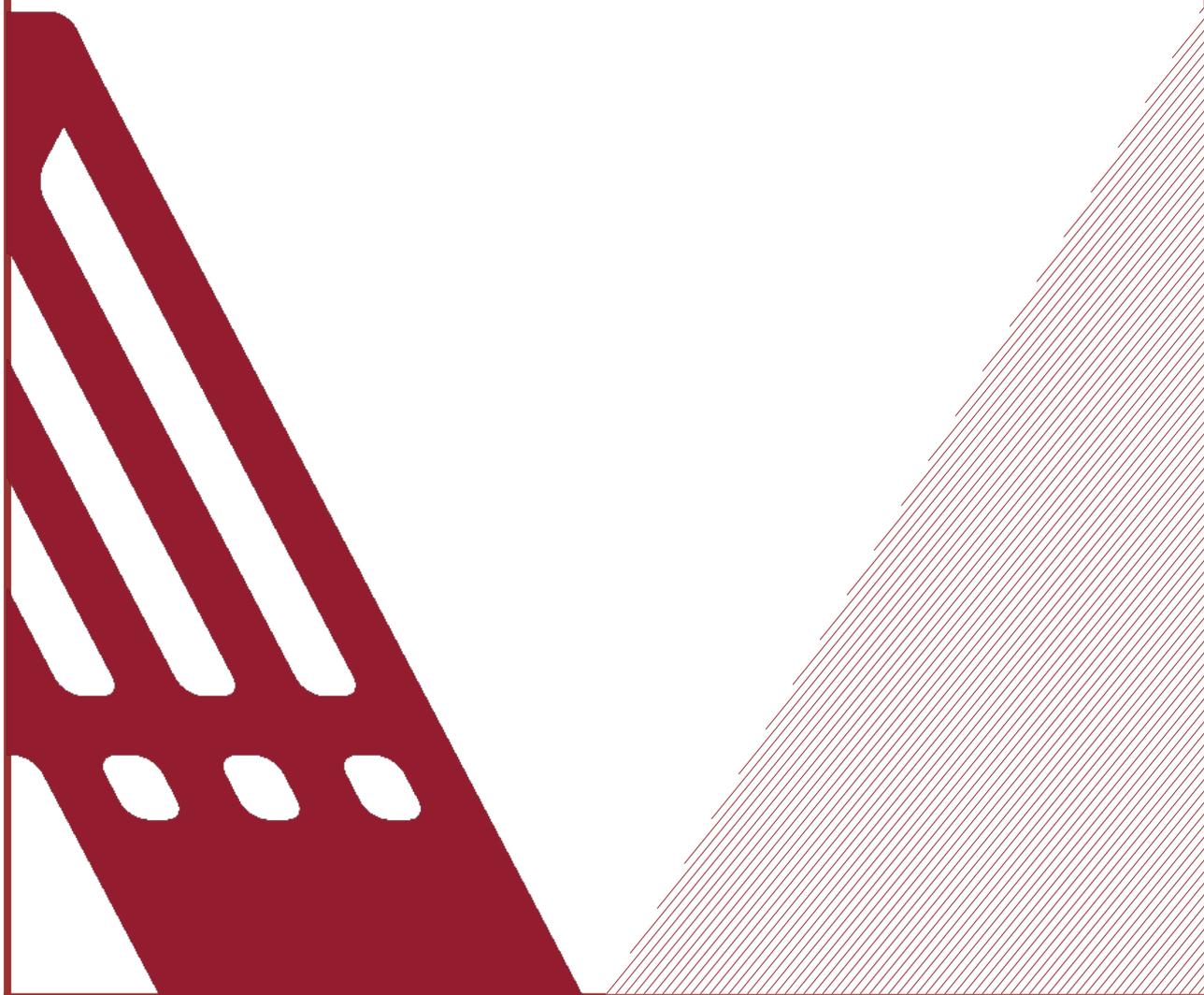


Recomendación general Enriquecimiento injusto

AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA



RECOMENDACIÓN GENERAL

La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?

AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA
CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA

València, 11 de mayo de 2020

Mayo de 2020

La versión digital de este documento está accesible en el sitio web: <https://www.antifraucv.es>

Se emite la presente recomendación general, en cumplimiento de las funciones atribuidas en el artículo 4.f) de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana consistentes en asesorar y formular propuestas y recomendaciones en materia de integridad, ética pública y prevención de la corrupción en las entidades incluidas en su ámbito de actuación.



La Agencia

Nos encontramos en:

C/ Navellos, 14-3 | 46003 València

96.278.74.50

<https://antifraucv.es>

Solicitud de acceso a la información:

<https://www.antifraucv.es/es/portal-transparencia/acceso-a-la-informacion/>

Servicio de Prevención:

prevencio@antifraucv.es

Buzón de Denuncias:

<https://www.antifraucv.es/es/denuncia/buzon-de-denuncias/>

Gabinete de comunicación:

gabinete@antifraucv.es

Redes sociales:



Tabla de contenidos

1	Contexto de partida y objeto de la recomendación	6
1.1.	Contexto de partida	6
1.2.	Objeto de la recomendación	12
2	La vía del enriquecimiento injusto en el sector público (I): estudio jurídico general	15
2.1.	Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual: diferencias irreconciliables	17
2.2.	Enriquecimiento injusto como subsidiario de las medidas compensatorias o resarcitorias contenidas en la legislación sectorial: especial referencia al ámbito contractual	18
2.3.	Enriquecimiento injusto como garantía de continuidad de un servicio público	19
2.4.	Enriquecimiento injusto y revisión de oficio: procedencia y límites	21
2.5.	Sobre el improcedente abono “a demanda” de quien ejecuta la prestación	24
2.6.	Nuevas tendencias doctrinales: el deber de restablecimiento de la legalidad como deber de tutela restitutoria	25
3	La vía del enriquecimiento injusto en el sector público (II): La necesaria diferenciación entre el tratamiento económico del enriquecimiento injusto y el procedimiento sustantivo del que trae causa	27
4	Riesgos de fraude y corrupción derivados del abuso del enriquecimiento injusto en nuestras instituciones públicas. Especial atención a la contratación del sector público	33
5	Mecanismos de prevención del enriquecimiento injusto que evitan y/o minimizan irregularidades constitutivas de fraude y corrupción	37
6	Responsabilidades de autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas así como de entidades públicas o privadas perceptoras de dinero público	41
6.1.	Responsabilidad disciplinaria	42
6.2.	Responsabilidad por infracción de la normativa de buen gobierno	43
6.3.	Responsabilidad contable	44
6.4.	Responsabilidad penal	45
7	Conclusiones	48
8	Recomendaciones	51
9	Bibliografía de consulta	55



01

Contexto de partida y objeto de la recomendación

1.1. CONTEXTO DE PARTIDA

Las administraciones públicas territoriales y su sector público instrumental en general, y las de nuestra Comunitat Valenciana en particular, han experimentado en los últimos años un crecimiento exponencial de los mediáticos expedientes compensatorios por enriquecimiento injusto, normalizando así elevadísimas compensaciones económicas a quienes realizan prestaciones para las Administraciones por encargo de éstas, pero sin causa legal, para evitar su empobrecimiento patrimonial y el correlativo enriquecimiento de la Administración.

De acuerdo con el *"Informe de fiscalización de la Administración de la Generalitat. Ejercicio 2017"* de la Sindicatura de Comptes, durante dicho ejercicio se aprobaron 339 expedientes de resarcimiento por enriquecimiento injusto (en adelante REI), por un importe de 1.115,50 millones de euros. Estos expedientes se aprueban por Resolución del Conseller correspondiente, previa autorización del Consell, sin fiscalización previa de la Intervención General: el gasto se aprueba previa resolución de la omisión de fiscalización, en base al procedimiento del artículo 106 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Generalitat Valenciana (en adelante, LHPGV).



De dicho gasto, un 86,3% (959,70 millones de euros) provino de la *Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública* y el 13,97% restante de las demás *consellerias*, en especial, de Igualdad y Políticas Inclusivas (104,10 millones de euros), de Hacienda y Modelo Económico (33,30 millones de euros) y de Justicia, Interior y Administraciones Públicas (9,20 millones de euros).

Si examinamos ejercicios posteriores, constatamos que el recurso al REI se consolida como práctica generalizada en la Administración de la Generalitat, incrementándose tanto los expedientes tramitados como su cuantía. Según se deduce de los datos extraídos del *"Informe de fiscalización de la cuenta de la Administració de la Generalitat. Ejercicio 2018"*, durante dicho ejercicio se aprobaron 384 expedientes de REI por importe de 1.422,40 millones de euros.

De dicho gasto, un 92,77% (1.319,6 millones de euros) provino de la *Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública* y el 9,33% restante de las demás *consellerias*, en especial, de Igualdad y Políticas Inclusivas (72,20 millones de euros), de Hacienda y Modelo Económico (15,30 millones de euros) y Justicia, Interior y Administraciones Públicas (8,40 millones de euros).

A partir de ambos informes, hemos elaborado varios gráficos que permiten visualizar tales datos, como contexto de partida de esta recomendación:

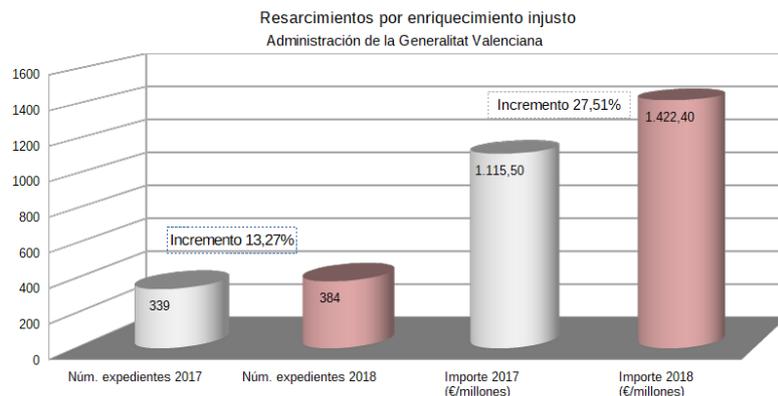


Gráfico 1: Comparativa n.º expedientes y gastos (millones €) por resarcimientos - Totales 2017-2018

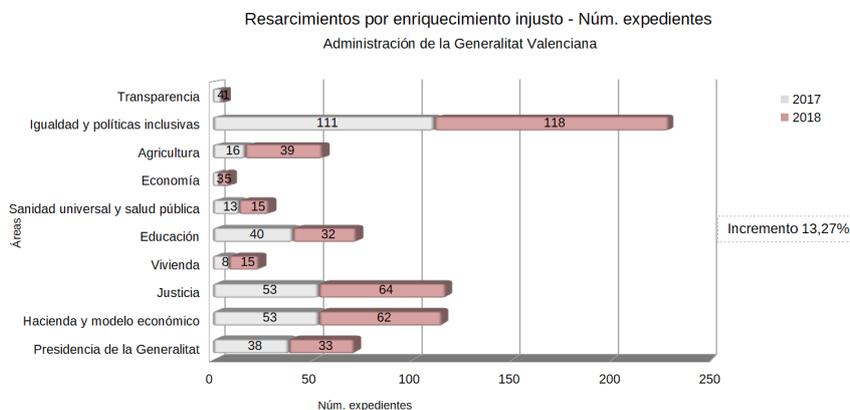


Gráfico 2: Comparativa n.º expedientes de resarcimientos por Conselleria 2017-2018



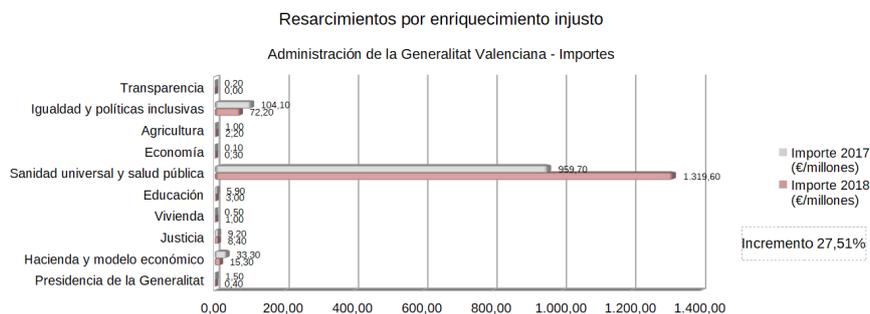


Gráfico 3: Comparativa de importes de gastos por resarcimientos 2017-2018 por Conselleria

Basándonos en los datos contenidos en los informes de la Sindicatura de Comptes, podemos concluir que los gastos derivados de REI's aprobados por la Generalitat Valenciana durante el ejercicio 2017 y 2018 (1.115,50 y 1.422,40 millones de euros, respectivamente), suponen un 6,05% y un 6,87% de las obligaciones reconocidas netas (ORN) de sus presupuestos de gastos de 2017 y 2018, respectivamente¹. Además, de este total de ORN, se corresponden con gastos del capítulo 2 y 6² del presupuesto de gastos 3.776,24 millones de euros (ejercicio 2017) y 3.890,16 millones de euros (ejercicio 2018), lo que supone que se han derivado de un enriquecimiento injusto el 29,35% de dichas ORN para el ejercicio 2017 y el 36,43% para el presupuesto del ejercicio 2018, tal y como se muestra en los siguientes gráficos:

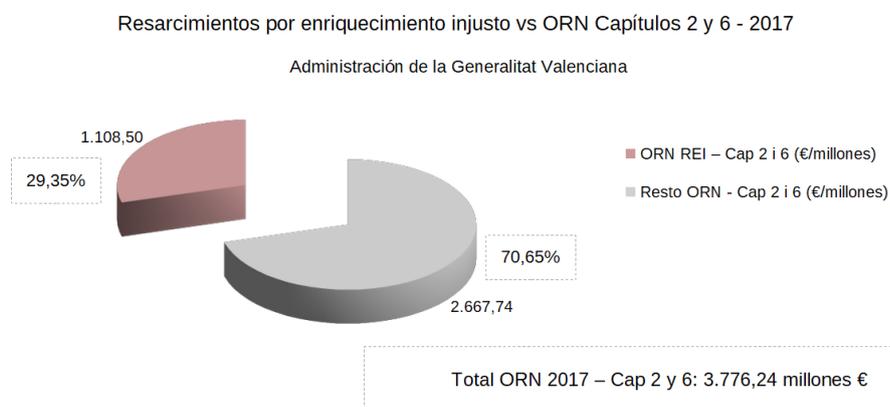


Gráfico 4: Comparativo importe de obligaciones reconocidas netas (ORN) de los capítulos 2 y 6 derivadas de resarcimientos por enriquecimiento injusto, con el total de obligaciones reconocidas netas por capítulos 2 y 6 del presupuesto de gastos de la GVA 2017

- 1 ORN Presupuesto ejercicio 2017: 18.436,59 millones de euros
ORN Presupuesto ejercicio 2018: 20.709,26 millones de euros
- 2 Gastos capítulo 2: Compra de bienes corrientes y gastos de funcionamiento
Gastos capítulo 6: Inversiones reales



Resarcimientos por enriquecimiento injusto vs ORN Capítulos 2 y 6 - 2018

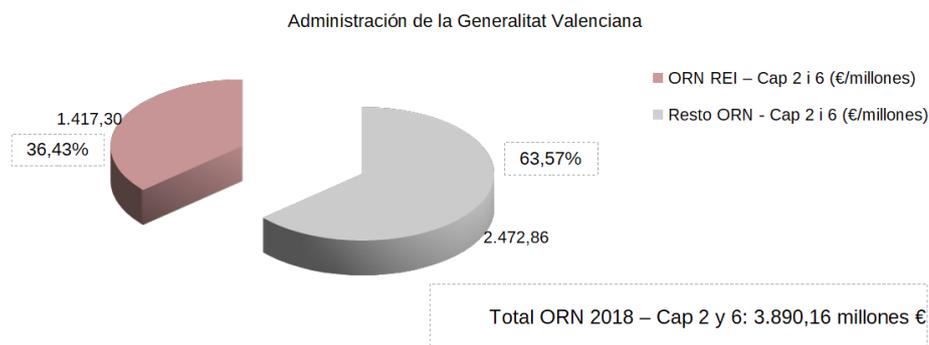


Gráfico 5: Comparativo importe de obligaciones reconocidas netas (ORN) de los capítulos 2 y 6 derivadas de resarcimientos por enriquecimiento injusto, con el total de obligaciones reconocidas netas por capítulos 2 y 6 del presupuesto de gastos de la GVA 2018

Esta tendencia se confirma con los importes de los expedientes de REI autorizados por el Consell durante el ejercicio 2019, según los datos extraídos de las actas publicadas en el portal de transparencia de la Generalitat Valenciana³, en las que se recogen todos los expedientes de REI, no sólo los correspondientes a gastos de ejercicios cerrados (que son los que se publican en el DOGV⁴), sino también los correspondientes a gastos de ejercicios corrientes.

De este modo, comparando los datos de expedientes de REI recogidos en los mencionados informes de la Sindicatura de Comptes relativos a los ejercicios 2017 y 2018 y los datos extraídos del portal de transparencia relativos al ejercicio 2019, se evidencia la mencionada tendencia creciente de REI, constatándose el incremento tanto del número de expedientes como de su importe:



Gráfico 6: Comparativa n.º expedientes y gastos (millones €) por REI - Totales 2017-2018

³ Actas publicadas en el portal de transparencia de la GVA hasta fecha 30/04/2020. <http://www.gvaoberta.gva.es/es/actes>, si bien las actas no constan firmadas.

⁴ Según artículo 39.5 “in fine” de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones: “En el caso de que fuera necesario imputar al presupuesto corriente obligaciones de ejercicios anteriores que no se hallen comprendidas en los supuestos previstos en los párrafos anteriores, dicha imputación procederá a tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 de esta ley, debiendo además, ser publicada en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana en el plazo máximo de diez días”.

En consecuencia, no se publican en el DOGV todos los acuerdos de autorización de expedientes de resarcimiento por enriquecimiento injusto (REI), sino únicamente aquellos que conllevan gastos a imputar de ejercicios anteriores (cerrados).

Por otra parte, hasta el 10 de abril de 2020 constan publicados en el portal de transparencia de la generalitat valenciana⁵ 47 acuerdos del Consell del ejercicio 2020, autorizando la aprobación de expedientes de REI's de diferentes *consellerias*, que incluyen gastos de ejercicios cerrados, por importe de 489,61 millones de euros, lo que supone, un 33,77% del total de REI's del ejercicio 2019 y un 97,52% % de los autorizados en 2019 correspondientes a ejercicios cerrados, lo que corrobora la tendencia al alza de este tipo de expedientes.

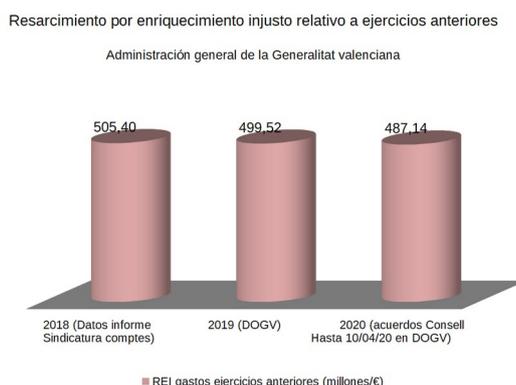


Gráfico 7: Comparativa de importes de gastos derivados de REI's correspondientes a ejercicios cerrados

De los gastos derivados de expedientes de REI autorizados en 2019 y 2020 (hasta 10/04/2020), destaca que más del 90% corresponden a gastos de la *Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública*, lo que reafirma la inclinación de los ejercicios anteriores. Como muestra de su relevancia, dada su elevada cuantía, baste con citar aquí el Acuerdo del Consell de 27 de marzo de 2020 (DOCV núm. 8777, de 31/03/2020), autorizando la aprobación por la *Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública* del expediente de REI 01/2020 por obligaciones contraídas como consecuencia de los servicios y suministros prestados en los diferentes departamentos de salud y centros de gestión entre 2016 y 2019, por importe de 481.206.143,19€ (IVA incluido), autorizándose su imputación en el presupuesto 2020.



Gráfico 8: Comparativa (en porcentaje) de los importes de expedientes de REI, entre la Conselleria de sanitat universal y salud pública y el resto de consellerias (actas del consell hasta 10/04/20, publicadas en el portal de transparencia hasta 30/04/2020)

5 <http://www.gvaoberta.gva.es/es/actes>

Por su parte, el informe de fiscalización de la Sindicatura de Comptes *“Informe de fiscalización sobre las obligaciones pendientes de aplicar a presupuesto, informes y reparos de la intervención y acuerdos de las entidades locales contrarios a los informes de secretaría. Ejercicio 2016”*, recoge los datos de los reconocimientos extrajudiciales de crédito (en adelante, REC) de las entidades locales de la Comunitat Valenciana tramitados durante el ejercicio 2015 y 2016. En el siguiente gráfico se muestra el incremento del 15,32% en el importe de dichos gastos:

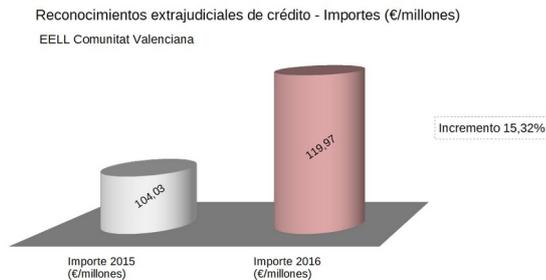


Gráfico 9: Comparativa importe de gastos por REC - EELL 2015-2016

Por último, del análisis de datos sobre las denuncias que han tenido entrada en la Agència Valenciana Antifrau entre los ejercicios 2017 y 2019 se extrae que, del total de 395 denuncias, un 13,16% (52 denuncias) incluyen obligaciones reconocidas mediante REC o REI, con el siguiente detalle:



Gráfico 10: Comparativa por ejercicios, del número de denuncias presentadas ante la Agència Valenciana Antifrau, distinguiendo las que incluyen REC/REI del resto

Del total de denuncias presentadas en la Agència Valenciana Antifrau, el 29,37% (116 denuncias), se corresponden con materias relacionadas con la contratación del sector público. Dentro de éstas, un 36,21% incluyen REC o REI. Se adjuntan dos gráficos con el porcentaje que representan los REC/REI en materia de contratación, por ámbitos:



Gráfico 11: Comparativa por ejercicios, del número de denuncias presentadas ante la Agència Valenciana Antifrau, relativas al sector público autonómico, distinguiendo las que incluyen REI del resto

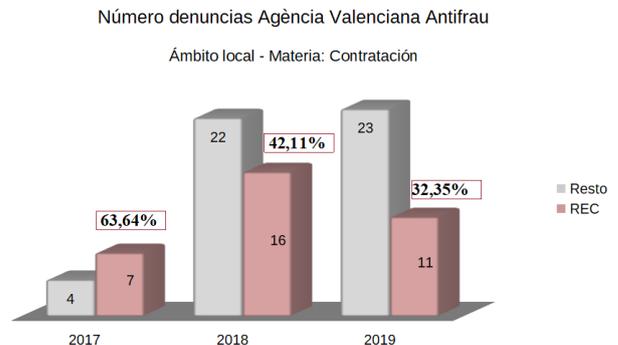


Gráfico 12: Comparativa por ejercicios, del número de denuncias presentadas ante la Agència Valenciana Antifrau, relativas al sector público local, distinguiendo las que incluyen REC del resto



1.2. OBJETO DE LA RECOMENDACIÓN

Los datos expuestos para determinar el contexto de inicio de esta recomendación indican que el carácter subsidiario y excepcional que, por naturaleza, debe tener la acción de enriquecimiento, no se cumple. Esta figura ha pasado de ser “de uso excepcional” a una práctica habitual del funcionamiento de nuestras instituciones públicas, esto es “de abuso general”.

En ámbitos como la contratación del sector público, el uso abusivo del enriquecimiento injusto “normaliza” la huida de la legítima condición de contratista por los cauces legales (procedimientos de licitación con publicidad y concurrencia competitiva), y abre la puerta a los conflictos de intereses al “legitimar” pagos por encargo al margen de dichos cauces legales, en colisión frontal con los principios generales de la Unión Europea de igualdad, transparencia y libre concurrencia, así como con las reglas que protegen la libre competencia en el normal funcionamiento de los mercados. A su vez, el abuso de esta vía impide o dificulta sobremanera el control de la ejecución de la prestación, puesto que en estos casos no habrá un responsable del contrato encargado de verificar el cumplimiento del contrato y de proponer medidas ante su incumplimiento (imposición de penalidades e incluso propuesta de resolución contractual) y, como veremos, en muchos casos tan solo existirá una comprobación formal de la inversión pero no material del acomodo real del encargo a las necesidades de la Administración y a satisfacción de ésta.

Todas estas circunstancias revelan que estamos ante un foco importante de riesgos de fraude y de corrupción en muchos ámbitos públicos, en especial, pero no en exclusiva, en el sector de contratación. En efecto, el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre los acuerdos y resoluciones contrarios a reparos formulados por los interventores locales, ejercicio 2015 (BOE 20 de junio de 2018), concluyó que *“las infracciones que concentran mayor número de acuerdos contrarios a reparos y por importe más significativo, se centraron en la ejecución de gastos de naturaleza contractual al margen de un expediente, bien por expiración del término del contrato, bien por la prórroga tácita de los contratos previos”*.

Asimismo, cabe destacar el presumible quebranto económico que el uso abusivo del enriquecimiento injusto puede ocasionar. El perjuicio que para las arcas públicas suponen los encargos de prestaciones sin concurrencia competitiva y, por ende, sin que exista una comparativa de precios que permitan equiparar su precio a su justo valor de mercado, poniendo en tela de juicio los principios de necesidad, eficacia, eficiencia y economía que, entre otros, deben guiar el gasto público. En este sentido, la CNMC (Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia) ha señalado en diversas ocasiones que la ausencia de presión concurrencial produce desviaciones al alza del 25% del presupuesto de contratación pública, lo que en el caso de España, se traduce en hasta un 4,6% anual, esto es, unos 47.500 millones de euros anuales.

Todo ello es de especial trascendencia en el vigente contexto de excepcionalidad, que podría propiciar dar carta de naturaleza y validar este abuso general del enriquecimiento injusto, siendo también preciso recordar la importancia de la necesaria justificación, transparencia y control de las



contrataciones de emergencia que se están llevando a cabo en el seno de las entidades públicas para atender diferentes necesidades durante el estado de alarma declarado para mitigar la crisis del COVID-19. Es importante evitar la “generalización” de este tipo de adjudicaciones directas más allá de lo estrictamente requerido en el estado de necesidad colectiva, dado que cuando se acude a fórmulas al margen de la concurrencia y, por ende, a menudo pagando precios muy superiores a los de mercado, se distraen recursos públicos de su destino por excelencia: la satisfacción de los intereses generales de cada administración, en función de sus necesidades planificadas dentro de su ámbito competencial.

Es por ello que, en el marco de las competencias de asesoramiento y formulación de recomendaciones en materia de integridad, ética pública y prevención de la corrupción, creemos que es necesario emitir esta recomendación y dirigirla a todas las entidades incluidas en nuestro ámbito subjetivo, con la voluntad de evidenciar el fenómeno para tomar conciencia de ello y formular posibles medidas que lo reconduzcan a la excepcionalidad que, por naturaleza, le corresponde.

Un punto de partida para iniciar el estudio es constatar que, hoy por hoy, el problema se reconduce al expediente económico de “resarcimiento por enriquecimiento injusto” (REI, en caso de la administración autonómica) o “reconocimiento extrajudicial de créditos” (REC, en caso de la administración local), generalizándose así como solución resarcitoria de pagos una figura que aboga, insistimos, por la excepcionalidad.

En este sentido, consideramos que poner el foco en la causa legal del fondo del asunto que genera el incumplimiento, esto es, en la cuestión jurídico material que origina el enriquecimiento injusto, buscando soluciones (o creándolas) en este ámbito, puede ayudar a poner freno al fenómeno. Aun cuando inicialmente puede entenderse que estas soluciones son más gravosas que el mero reconocimiento extrajudicial de crédito, consideramos que el “uso abusivo” de esta figura exige reconducir esta práctica atendiendo también, al marco normativo sustantivo de aplicación, por imperativo del principio de legalidad.

Es este un enfoque de estudio, entre otros posibles que atiendan a otras causas y disciplinas que también determinan la normalización de la acción del enriquecimiento injusto, como son aquellas vinculadas a la financiación autonómica y local o a las cuestiones organizativas, a las que de forma más transversal también nos referiremos. Es, como hemos afirmado, un punto de partida.

En primer lugar, sintetizaremos la naturaleza y principales características de la figura desde el punto de vista jurídico y global, partiendo de la jurisprudencia y de las diversas corrientes doctrinales.

En segundo lugar, incidiremos en la necesidad de diferenciar entre el expediente económico de REI (autonómico) o de REC (local) y el procedimiento sustantivo del que trae causa, en cuyo seno se produjo un enriquecimiento injusto consecuencia de una actuación administrativa no ajustada a



Derecho, y de poner freno a la práctica de no depurar dicha actuación realizada con vulneración del ordenamiento jurídico y de los principios generales del Derecho.

En tercer lugar, analizaremos sucintamente y sin perjuicio de posteriores estudios y análisis específicos, los riesgos de fraude y corrupción en los ámbitos sectoriales más afectados por el uso abusivo de la vía del enriquecimiento injusto en nuestras instituciones públicas.

En cuarto lugar, enunciaremos posibles mecanismos de prevención del enriquecimiento injusto que eviten y/o minimicen irregularidades constitutivas de fraude y corrupción.

En quinto lugar, trataremos las posibles responsabilidades en que incurrirán aquellas autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas que ordenen la ejecución por un tercero de una prestación al margen de la Ley y, como la otra cara de la misma moneda, la necesaria consideración de la responsabilidad de aquéllas entidades públicas o privadas que han ejecutado la prestación a sabiendas de que, al hacerlo, estaban vulnerando el ordenamiento jurídico o desviando el interés público de la Administración a favor de sus intereses particulares.

Por último, sintetizamos las conclusiones más relevantes y formulamos un conjunto de recomendaciones que derivan de este estudio.

Este estudio, como ya hemos afirmado pone el foco en la cuestión de fondo jurídico material (la orden dada por la Administración a un particular para que ejecute una prestación al margen de los procedimientos legales oportunos) y no sólo en el final del proceso, cuando, una vez ejecutada la prestación, se articula un mecanismo que, de forma generalizada en la práctica, permite el pago de la misma para evitar el enriquecimiento de la administración, poniendo en tela de juicio el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y desnaturalizando la excepcionalísima previsión de dicha figura.

Otros enfoques son posibles y necesarios de abordar. Sirvan estas reflexiones como punto de partida e invitación al imprescindible debate con los órganos de control y/o encargados de la legalidad del sector público y la doctrina especializada, entre otros, para articular soluciones que nos permitan reconducir a su excepcionalidad la controvertida figura del enriquecimiento injusto.



02

La vía del enriquecimiento injusto en el sector público (I): estudio jurídico general

En este apartado pretendemos sintetizar la naturaleza jurídica y los principales caracteres de la figura partiendo de la jurisprudencia y de las diversas corrientes doctrinales.

Podemos definir el “enriquecimiento injusto” como una figura resarcitoria de creación jurisprudencial, que ha cristalizado en un principio general del derecho informador del ordenamiento jurídico que prohíbe el enriquecimiento injusto, y en la acción concreta (*actio rem in verso*) que, en sede contencioso-administrativa, ampara el resarcimiento que emana del mismo.

En el ámbito de las administraciones públicas y su sector público instrumental, la vía del enriquecimiento injusto alcanza una importancia extraordinaria: se configura como el origen de su obligación de pago cuando concurren los requisitos de la doctrina jurisprudencial.

Ningún precepto legal del ordenamiento jurídico español contiene una regulación del enriquecimiento injusto, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán que lo regula en el



artículo 812 de su código civil (Bürgerliches Gesetzbuch), consagrando expresamente la obligación de restituir para quién por prestación de otro, o de otro modo a costa de este, se enriquece sin causa. Por su parte, la jurisprudencia de la Unión Europea (por todas, STJUE de 9/12/2010- asunto C-568/08) establece el deber resarcitorio de la Administración cuando concurren los requisitos generales de la responsabilidad por incumplimiento, en el marco de los principios europeos de equivalencia y efectividad; como la previa constatación de una actuación que debe ser “sancionada”.

A diferencia de ello, la jurisprudencia española lo ha ido definiendo partiendo del derecho civil regulador del “cuasicontrato” (art. 1888 del Código Civil) y, en particular, para permitir la compensación económica y el equilibrio patrimonial por y en la “gestión de negocios ajenos”. En concreto, la jurisprudencia mayoritaria ha optado por conferir al enriquecimiento injusto el carácter de fuente autónoma de obligaciones, que, en su concepción civilista, “*nacen no sólo de los contratos, sino de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitas*”, favoreciendo su aplicación un criterio espiritualista basado en el principio general de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

La construcción jurisprudencial del enriquecimiento injusto como fuente autónoma de obligaciones ha ido virando hacia el derecho administrativo, buscando el resultado de justicia y equidad material en las relaciones con la Administración, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos, que condicionan el éxito de la acción:

1. La realización efectiva de una prestación que provoque un incremento patrimonial de cualquier clase a la Administración que carezca de razón jurídica que lo fundamente.
2. Que se provoque un correlativo empobrecimiento de quien realiza la prestación, es decir, que se obtenga a costa de aquél.
3. La existencia de una relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.
4. Que no exista un precepto legal que excluya la aplicación de este principio.
5. Que la prestación se haya realizado como consecuencia de las órdenes recibidas de la Administración.
6. Que las órdenes provengan de una persona u órgano con aparente capacidad de vincular a la Administración titular de la prestación.
7. Que no exista mala fe por el ejecutante de la prestación.

Ahora bien, queremos destacar desde ahora dos ideas fuerza que deben tenerse presentes en todo momento:

- a) La aplicación del enriquecimiento injusto al ámbito público debe ser matizada dadas las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y las especialidades inherentes al concreto ejercicio de potestades administrativas;
- b) La acción de enriquecimiento injusto tiene carácter subsidiario.



A continuación, pasamos a sistematizar buena parte de la doctrina (especialmente en el ámbito de contratación pero extrapolable a otros ámbitos materiales tales como el de subvenciones, urbanismo o función pública), sobre la figura que analizamos, intercalando nuestras propias reflexiones al respecto. A saber:

2.1. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DIFERENCIAS IRRECONCILIABLES

Debe advertirse de inicio que en este punto tanto la doctrina como la jurisprudencia están divididas.

De un lado, algunos autores administrativistas (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, entre otros) incluyen el enriquecimiento injusto como uno de los títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial. El Consejo de Estado en algunos de sus dictámenes (18 de enero de 2001) también admitió la posibilidad de abonar al contratista los trabajos efectivamente ejecutados, en ausencia de contrato, previa la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, asimilando la responsabilidad extracontractual al enriquecimiento injusto.

De otro lado, el mismo Consejo de Estado, en dictámenes como el de 30 de octubre de 2003 concluyó que el enriquecimiento injusto y la responsabilidad patrimonial son instituciones diferentes, *“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...”*. Asimismo, el instituto jurídico de la responsabilidad objetiva de la Administración se configura como una vía de resarcimiento que solo cabrá ante la ausencia de otra de índole específica, *sin que pueda ser interpretada como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria* (Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1990, núm. 54.319). El propio Tribunal Supremo, entendió que: *“La acción de enriquecimiento injusto se considera 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”* (STS 12 de diciembre de 2012).

Las diferencias entre una u otra postura son irreconciliables pues, de entender que el enriquecimiento injusto se subsume en la responsabilidad objetiva, la reclamación del primero pasaría por los trámites de la segunda, previstos en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), y quién realizase la prestación tendría un plazo de un año para reclamar el pago de la factura por prestaciones sin cobertura contractual. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido oscilando entre las sentencias que han aplicado como plazo de ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto el



general de las acciones personales previsto en el artículo 1964 del Código Civil (5 años) y aquellas otras que han aplicado el plazo de 4 años previsto en la normativa presupuestaria.

Además, la indemnización resarcitoria derivada de una reclamación incardinada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se extendería a la reparación integral del daño, mientras que en el enriquecimiento injusto la obligación de restitución no puede exceder del beneficio obtenido por el enriquecido, que opera como límite.

En suma, podemos concluir que la figura del enriquecimiento injusto queda configurada como fuente de obligaciones ajena a la institución de la responsabilidad patrimonial, por lo que no cabrá sujetar la “actio rem in verso” en los presupuestos, plazos y montante indemnizatorio de la responsabilidad objetiva, pues ello supondría la configuración de esta última como una suerte de garante de la responsabilidad universal y adulteraría al tiempo la finalidad resarcitoria pretendida con el principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, limitada al correlativo empobrecimiento del ejecutante del encargo de la Administración.

2.2. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO SUBSIDIARIO DE LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS O RESARCITORIAS CONTENIDAS EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO CONTRACTUAL

Una de las principales situaciones que observamos y que consideramos propician el abuso del enriquecimiento injusto, es que los operadores jurídicos omiten la existencia de soluciones legales *ad hoc* que excluyen la aplicación de este principio, en la medida en que prevén expresamente la compensación o resarcimiento por trabajos realizados en favor de la Administración.

Por ejemplo, el artículo 42 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) anuda entre las consecuencias de la invalidez del contrato la de su liquidación, así como la restitución de las cosas que las partes hubieran intercambiado. De no ser posible la restitución, la Administración abonará, en su caso, la contraprestación debida por los trabajos realizados (en la parte del precio que corresponda). El propio Consejo de Estado ha variado su doctrina inicial sobre este particular (anteriormente opuesta), que compartimos, afirmando en su Dictamen de 21/12/2011, en relación con una contratación verbal: “(...) *A partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se ha instituido una vía precisa y adecuada para alcanzar los mismos efectos; artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual (...) Nada impide acumular la acción de nulidad a la compensación o indemnización del artículo 35 LCSP (sin invocar el enriquecimiento injusto como principio general del derecho...) para tramitar simultáneamente la revisión de oficio de la adjudicación del contrato con la compensación por los trabajos realizados*”.



Nos hemos centrado en contratación pero lo mismo podría predicarse para compensar otras situaciones que podrían tener cabida en la vía del enriquecimiento injusto en otras materias, como por ejemplo: subvenciones otorgadas sin seguir el procedimiento previsto (premios, etc) cuya depuración se prevé en la propia legislación sectorial estatal y autonómica; productividades u otro tipo de emolumentos pagados al personal al servicio de la Administración sin seguir el procedimiento establecido, estando prevista la compensación en la legislación; o expropiaciones por vía de hecho, que deberían resarcirse en el marco y por los procedimientos que establece la propia normativa sectorial.

En definitiva, desde esta Agència Valenciana Antifrau sostenemos que, en muchas ocasiones, aplicando los procedimientos legalmente previstos para compensar o resarcir trabajos realizados por un particular en provecho de una Administración, se pondría freno al abuso del remedio subsidiario del enriquecimiento injusto, al tiempo que la Administración cumpliría con su mandato constitucional más apremiante: someter todas sus actuaciones a la Ley y al Derecho.

2.3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO GARANTÍA DE CONTINUIDAD DE UN SERVICIO PÚBLICO

El enriquecimiento injusto como garantía de continuidad de un servicio público viene siendo una constante de los acuerdos contrarios a reparos de la intervención que así lo merece.

En efecto, no son pocas las Administraciones que, ponderando el deber de restablecer la legalidad y la necesidad de obtener las prestaciones derivadas del contrato (garantía del servicio público), mantienen los efectos del mismo una vez expirados los plazos de duración (y prórrogas de aquél), por el tiempo indispensable hasta la formalización del nuevo contrato que se licite.

Así, sosteniendo un criterio (normalmente “reparado” por los órganos de control interno), determinadas entidades locales justifican acuerdos de la continuidad de la prestación de determinados servicios de su competencia, algunos por ser de prestación obligatoria (arts. 26 y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, esto es, por la propia obligatoriedad de prestarlos) y, muy especialmente, en aquellos servicios de carácter esencial para la ciudadanía, todo ello para evitar un perjuicio al interés general.

Se interpreta por dichas entidades locales que en estos casos no se trata de un contrato sino de una categoría jurídica diferente y excepcional; de la continuidad del servicio o de la prestación, determinándose las prestaciones y el precio en las mismas condiciones que en el contrato vencido en tanto se tramita la oportuna solución contractual. Tesis que se sustenta, por ejemplo, en el Informe 4/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias:

“Este acuerdo excede de la contratación pública y se otorga con base en la legislación de régimen local.... Los entes locales tienen atribuida la competencia en materia de



conservación y mantenimiento de edificios de titularidad local destinados a centros educativos (252n) así como la obligación de garantizar un ambiente de trabajo adecuado a sus empleados, lo que implica el deber de limpieza de sus edificios. Competencias, todas ellas irrenunciables a tenor de lo preceptuado en el art. 12.1 Ley 30/98 “.

Sin embargo, ello plantea serios problemas al producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública por el cauce legalmente previsto. Es cierto que el artículo 42.3 LCSP establece que en cualquier contrato del sector público, si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, se puede disponer la continuidad de los efectos del contrato hasta que se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio, pero no lo es menos que se trata de una medida excepcionalísima, anudada a la nulidad y no a la “prórroga *de facto*” de un contrato.

Es más, como novedad, la vigente LCSP o, en su artículo 29.4, prevé *la prórroga legal de un contrato cuando a su vencimiento no se hubiera formalizado el nuevo para garantizar la continuidad de la prestación*. Ahora bien, el desajuste entre la extinción de un contrato y la formalización de otro nuevo se ha de deber a *“incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación”*. Además, deben existir *razones de interés público para no interrumpir la prestación*. Y, todo ello, con un límite temporal de nueve meses de prórroga legal, sin que se modifiquen las condiciones del contrato y siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se hubiese publicado tres meses antes de la finalización del originario.

El propio Informe 4/2016, de la JCCA Canarias aludido de forma recurrente por quienes defienden el acuerdo de continuidad de la prestación al margen de las soluciones contractuales partía de que entonces la legislación de contratos no contenía previsión alguna similar a la que ya existe en el artículo 29.4 LCSP. Se reproduce su tenor literal:

“Consecuentemente, puede concluirse que la legislación de contratación pública no contiene ninguna regulación que sea directamente aplicable a este caso. De ahí que resulte justificado acudir a otras fórmulas derivadas del derecho civil, o de la legislación de régimen local para alcanzar una solución al problema. Podría acudirse a distintas figuras legales que son analizadas a lo largo del presente informe como la incidencia en la ejecución, la celebración de un contrato menor- que plantea el problema de la limitación de la cuantía y la imposibilidad legal de concatenación de diversos contratos de esta tipología; de una tramitación de urgencia, la determinación de la existencia de una prórroga forzosa por tácita reconducción- que cuenta asimismo con la objeción jurisprudencial de la existencia de “prórrogas tácitas” o, finalmente, la adopción de un acuerdo de continuación del servicio, el cual, elude la apariencia de fraude que ofrecen otras soluciones y exigiría un acuerdo que debe adoptarse de forma motivada antes de que el contrato se extinga; además, de que la duración de su vigencia ha de ser proporcionada a su necesidad”.



En suma, a día de hoy, todo acuerdo de continuidad de los servicios públicos ajeno a los cauces legales previstos en la normativa contractual para los supuestos excepcionalísimos que hemos apuntado (anudados a la nulidad o a la novedosa previsión del art. 29.4 LCSP) accionaría el mecanismo del enriquecimiento injusto, contribuyendo a su generalización, en contra de su naturaleza excepcional. Así pues, a criterio de la Agència Valenciana Antifrau, debe frenarse esta práctica recurrente institucional que adultera elementos tan esenciales de un contrato como su duración.

2.4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y REVISIÓN DE OFICIO: PROCEDENCIA Y LÍMITES

En la práctica, la mayor parte de actos o actuaciones viciadas de nulidad de pleno derecho en el ámbito material del enriquecimiento injusto no son depuradas del ordenamiento jurídico vía revisión, limitándose el legislador y los aplicadores del Derecho a articular un procedimiento *ad hoc* de convalidación de la inexistencia de crédito para pagar las facturas sin soporte legal o contractual mediante un mero acuerdo de REC o REI que, en la Comunitat Valenciana, supone convalidar y permite realizar el pago.

La revisión de oficio de los actos incurridos en causa de nulidad de pleno derecho, regulada en el artículo 106 de la LPAC, en general, exige un doble requisito: *i)* que el acto a revisar sea nulo de pleno derecho (art. 47.1); *ii)* que se haya recabado dictamen previo del Consell Jurídic Consultiu y que éste tenga sentido favorable.

La *doctrina mayoritaria* más actual del conjunto de órganos consultivos se muestra favorable a la revisión de oficio del acto que motiva la ejecución de la prestación objeto de enriquecimiento injusto incurrida en causa de nulidad de pleno derecho.

Por su claridad, reproducimos parcialmente el Dictamen de 21 de marzo de 2019 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid:

“QUINTA (...) En el ámbito de la contratación administrativa, la legislación es especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, en garantía no solo del interés público, sino también del respeto a principios tan esenciales en este ámbito de actuación administrativa como son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 LCSP-2017) (...) Así pues, al no haberse tramitado el procedimiento legalmente establecido para la contratación del servicio médico de urgencias, (...) debe concluirse que concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC. En el presente caso, no concurren las circunstancias que prevé el artículo 110 de la LPAC y que suponen una excepción a las facultades de revisión, pues no ha

transcurrido un tiempo que permita limitar el ejercicio de la facultad revisora, ni tampoco se evidencia ninguna circunstancia que haga su ejercicio contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, antes al contrario, se considera que se han burlado las previsiones legales en perjuicio de terceros.”

Siguiendo dicha doctrina mayoritaria, el Consejo Consultivo de Canarias dictaminó favorablemente, en fecha 15 de junio de 2018, la declaración de nulidad de pleno derecho de la contratación verbal efectuada por la Dirección General de Infraestructura Viaria.

Sin embargo, algunas voces de la doctrina académica y judicial entienden que no se puede revisar, por ejemplo, una contratación verbal, bien asimilándolo a algo que no existe o carente de meras formalidades que no requiere ser revisado, o bien aplicando como límite de la revisión de oficio la protección del particular que ha ejecutado la prestación.

Como parte de la *doctrina minoritaria*, algunos órganos consultivos son reticentes a la depuración del ordenamiento jurídico vulnerado por la prestación sin causa que origina el enriquecimiento injusto.

El Dictamen de 10 de julio de 2019 (Núm. 2019-0448) del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, emitido en sede de un procedimiento de revisión de oficio en relación al servicio de residuo de podas que se facturaba con periodicidad mensual al Ayuntamiento de Torrevieja y, en concreto, se revisaba la Resolución de alcaldía de levantamiento de un reparo de la interventora (por ausencia de expediente de contratación con carácter previo a su prestación) y de reconocimiento extrajudicial del crédito correspondiente a una de las facturas giradas con periodicidad mensual y al margen del contrato. En esa ocasión, el Consell Jurídic Consultiu dictaminó favorablemente la revisión de oficio, pero única y exclusivamente por entender que el Alcalde no era competente para dictar el acto objeto de revisión. Sin embargo, no accedió a la revisión de oficio por las restantes causas de nulidad de pleno derecho acreditadas en el expediente, intercalando en su justificación la doctrina del enriquecimiento injusto como mecanismo habilitador del pago de obras sin contrato o contratadas de forma ilegal para restablecer la justicia distributiva.

El mismo órgano consultivo, en su Dictamen de 26 de marzo de 2016 (Núm. 2015-0187), se mostró asimismo contrario a la revisión de oficio respecto a la ejecución de obras y trabajos no previstos en el proyecto inicial, realizadas según proyectos de modificados cuya tramitación se inició pero no se aprobaron, no existiendo al efecto consignación presupuestaria motivando lo siguiente:

“Si bien consta el incumplimiento de la legislación de contratación pública en lo referente a la necesidad de previa aprobación de un modificado del contrato de obra o de una nueva licitación para llevar a cabo obras al margen del proyecto originario, el principio de enriquecimiento injusto justificaría el expediente relativo al reconocimiento de deuda, no apreciándose, por tanto, causa de nulidad del pleno derecho en el Acuerdo de la Junta de



Gobierno Local de febrero de 2011 -que, añadimos nosotros, acordó aprobar el gasto derivado de la liquidación final de las obras ejecutadas en lugar del Pleno, órgano competente para aprobar el reconocimiento extrajudicial de crédito-, por incumplimiento de la legislación contractual. (...) El principio de seguridad jurídica y los límites de la revisión deben prevalecer en garantía de la situación consolidada en favor de la contratista y no deba procederse a la declaración de nulidad, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan exigirse conforme a lo previsto en el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo”.

También se han formulado juicios críticos (como el de Martínez-Hellín) a la doctrina que exige acudir en todo caso al procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos como trámite previo al reconocimiento del derecho al abono de las prestaciones que han sido realizadas en virtud de una contratación verbal de las mismas. En síntesis, este razonamiento está fundamentado en la consideración del principio del enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones directa, para la restitución de la ventaja ingresada en virtud de una obligación patrimonial que pese a su anomalía se consolida, sin que se requiera la declaración formal de dicha anomalía ni la expulsión previa del ordenamiento jurídico de los actos viciados, en virtud de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza jurídica.

Ahora bien, en esta ocasión también se afirma que, en cualquier caso, debe señalarse que el mecanismo de reconocimiento de las obligaciones con fundamento en la doctrina del enriquecimiento injusto debe aplicarse por la Administración con carácter restrictivo y máxima cautela, y únicamente como última *ratio*, en orden a no provocar en la esfera jurídica de los particulares una lesión indebida que es causa exclusivamente de la actuación irregular de la propia Administración.

Al parecer de esta Agencia, es necesario que los operadores jurídicos e intérpretes, incluidos los órganos consultivos por los que imperativamente y con carácter obstativo de su tramitación han de pasar los procedimientos de revisión de oficio, se presten a diferenciar entre el expediente económico de REI/REC y el procedimiento sustantivo del que trae causa, sin rehusar *per se* la revisión de oficio del segundo (la realidad jurídica que subyace al fondo del asunto; la ejecución de la prestación) por la inexistencia de causa de nulidad del primero (encargado de tratar una omisión de fiscalización que posibilite un pago no contemplado en presupuesto).

Ahora bien, dados los elevados costes de tramitación de los procedimientos de revisión de oficio, resulta necesario por seguridad jurídica, eficacia y eficiencia, distinguir entre los que encajen en los supuestos tasados de nulidad de pleno derecho, los supuestos de anulabilidad y las meras irregularidades no invalidantes. Y ello, por ejemplo, aprobando un catálogo que los diferencie, orientando y homogeneizando así la actuación de los operadores jurídicos y los órganos de control interno.



2.5. SOBRE EL IMPROCEDENTE ABONO “A DEMANDA” DE QUIEN EJECUTA LA PRESTACIÓN

En lo que respecta a la cuantificación económica de la compensación (subsidiaria de la restitución) que en su caso proceda al liquidar el contrato, es esencial que se valore la prestación efectivamente realizada y no la totalidad del importe facturado que reclama el ejecutante de dicha prestación.

Sobre la cuantificación del resarcimiento existen sendos pronunciamientos dispares:

- Para quienes continúan equiparando el enriquecimiento injusto con la responsabilidad patrimonial de la Administración, la cuantía ascenderá a la reparación integral del daño producido.
- Para otro sector doctrinal (Martín Rebollo, entre otros), la compensación no será igual al precio del contrato, porque estamos al margen del mismo, que es nulo.
- La doctrina más reciente aboga por valorar las obras o prestaciones realmente realizadas que queden en manos de la Administración y los gastos útiles del contratista.
- Sin embargo, la mayoría de los Consejos Consultivos y órganos judiciales no se plantean el importe; sólo si se produjo el encargo y se ejecutó la obra o servicio, lo que culmina en el pago del importe facturado. Como excepción, el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 270/2002, de 23 de octubre) afirma que no hay que pagar el beneficio industrial, entendiendo que siendo nulo un contrato, la restitución solo alcanza al valor de la prestación realizada o “coste efectivo” soportado por quién la realizó.
- Si bien es unánime la exclusión de los intereses de demora de la legislación de contratos (y por remisión de ésta, la de morosidad en las operaciones comerciales), y mayoritaria la jurisprudencia que excluye también el IVA y la revisión de precios (STSJ Madrid de 12/09/2013), el propio Tribunal Supremo ha reconocido como parte del montante a resarcir el relativo a los gastos generales y el beneficio industrial (STS de 14/10/2015).

Entendemos que es absolutamente necesario que se unifiquen criterios en lo relativo a todos los conceptos que deben incluirse en la cuantía compensatoria/indemnizatoria, por el buen funcionamiento de las administraciones públicas y la seguridad jurídica. En este sentido, consideramos que no puede admitirse, sin más, un mero REI/REC para pagar el importe “a demanda”, facturado por quién dice haber ejecutado una prestación a favor de la Administración.

En suma, recomendamos a las instituciones públicas de la Comunitat Valenciana (autoridades, órganos gestores y especialmente órganos de control) que verifiquen que el montante de la



compensación no exceda del que corresponda como contraprestación debida por los trabajos realizados; previa recepción de la prestación a satisfacción de la Administración y comprobación material de la inversión. En ese sentido, podría sustituirse el mero registro de la factura como detonante de la vía del resarcimiento por la obligatoria incoación del expediente a instancia de parte por quién ejecutó la prestación, solicitando la verificación del encargo por la Administración.

2.6. NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINALES: EL DEBER DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD COMO DEBER DE TUTELA RESTITUTORIA

El deber de restablecimiento de la legalidad vulnerada, uno de los remedios más eficaces de tutela restitutoria, al menos en el plano teórico, no suele utilizarse en España en casi ningún ámbito del ejercicio de potestades públicas, excepción hecha de los diferentes procedimientos autonómicos para restaurar la legalidad urbanística infringida. Algún autor ha llegado a esbozar, entre otras medidas alternativas, la idea de que por parte del legislador se regule una suerte de procedimiento de restablecimiento de la legalidad vulnerada como cortapisa al enriquecimiento injusto.

De Vicente González, por ejemplo, alude a que la falta de previsión legal del enriquecimiento injusto no permite establecer *mecanismos adecuados de corrección del incumplimiento* de las obligaciones de preparación y adjudicación de los contratos, que es, desde la perspectiva de la Administración, la institución a proteger, e insiste el autor en la necesidad de prever los efectos concretos del incumplimiento contractual que *“desincentiven el mismo, y en particular en los casos más groseros como son los de inexistencia del contrato o prestaciones complementarias no contratadas”*, sugiriendo así dejar la vía de revisión de oficio para contratos formalmente cumplidos y, para los casos de inexistencia de contrato o prestaciones complementarias, regular un *procedimiento de convalidación de prestaciones que se engloben dentro del enriquecimiento injusto*, que exija tras expediente contradictorio y verificación de la realidad y valoración de la prestación, una declaración de convalidación del órgano de contratación, con o sin responsabilidad de quienes dieron lugar al encargo de la prestación, así como el modo de financiación del pago y una suerte de acción de regreso patrimonial.

Para Díez Sastre, en aquellos casos en que el contrato o gran parte del mismo se haya ejecutado será difícil que las partes se restituyan las cosas. Asimismo, la autora expone ciertas peculiaridades de la contratación como el interés de más de un particular, el interés público, el interés de mercado o la posible garantía de la continuidad del servicio, entre otros, que exigen ponderar el deber de restablecer la legalidad y la necesidad de obtener prestaciones derivadas del mismo. En tales casos, la propia normativa, europea y nacional, prevé la posibilidad de mantener los efectos del contrato, ponderando el interés general por encima de la restitución de la legalidad vulnerada.



Sin embargo, cuando el restablecimiento no sea posible, solo queda la indemnización económica para hacer efectiva la tutela restitutoria.

En efecto, no son pocas las Administraciones que, ponderando el deber de restablecer la legalidad y la necesidad de garantizar la prestación de un servicio público de interés general, mantienen los efectos del mismo, una vez expirados los plazos de duración (y prórrogas de aquél), por el tiempo indispensable hasta la formalización del nuevo contrato que se licite. Tesis que basa, por ejemplo, en el Informe 4/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, que antes hemos mencionado.

Sin embargo, ello plantea serios problemas al producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública por el cauce legalmente previsto, tal como hemos reflexionado anteriormente.

En ese sentido, desde esta Agencia nos reafirmamos en la necesidad de proteger el interés público, de acuerdo con los principios generales del Derecho, respetando los cauces formales previstos en la normativa reguladora sectorial para realizar encargos a terceros. Y, para el caso de llegar al remedio subsidiario del enriquecimiento injusto, una de las vías doctrinales que se comparten pasaría por articular una mejora regulatoria que contemple el restablecimiento de la legalidad infringida en el marco de la tutela restitutoria pero, insistimos, como vía subsidiaria y, en ningún caso, para “normalizar” un procedimiento de uso general.



03

La vía del enriquecimiento injusto en el sector público (II): La necesaria diferenciación entre el tratamiento económico del enriquecimiento injusto y el procedimiento sustantivo del que trae causa



En este apartado nos centramos en el expediente económico de REI o REC, cuya equiparación en la práctica con el enriquecimiento injusto, puede propiciar la normalización de actuaciones irregulares y vías de hecho.

Al no ser posible reconocer el nacimiento de obligaciones presupuestarias derivadas de un acto nulo de pleno derecho por ser contrario al ordenamiento jurídico en general o, en particular, a las reglas básicas del ordenamiento presupuestario que regulan la realización del gasto público, la Administración indemniza al tercero de buena fe por las prestaciones recibidas de conformidad mediante la tramitación de un expediente económico que restablece el desequilibrio patrimonial sufrido al ejecutar tal prestación.

De ahí que diferentes preceptos reguladores de la normativa presupuestaria estatal, autonómica y local hayan regulado un procedimiento de gestión del gasto como *“Resarcimiento por enriquecimiento injusto”* (en el ámbito autonómico) o *“Reconocimiento Extrajudicial de Créditos”* (en el ámbito local), que en la práctica totalidad de las administraciones territoriales se articula sin que los órganos de control interno puedan ejercer su función interventora, bastando con la aprobación del crédito por parte del Consejo de Ministros (Estado), del Consell a propuesta de los titulares de las respectivas *consellerias* (Comunitat Valenciana) o del Pleno (entidades locales) para convalidar las actuaciones y amparar el pago al *“acreedor”*.

Los trámites por los que discurre el procedimiento, en el ámbito autonómico, se recogen en el artículo 106 de la LHPGV *“Omisión de fiscalización”* que, sin perjuicio de la apertura de expedientes adicionales de depuración de responsabilidades a que hubiere lugar, y con una mera conformidad a la prestación por el órgano gestor y un informe de la intervención delegada que no tiene carácter fiscalizador, se resuelve por cada titular de las respectivas *consellerias*, previa autorización del Consell.

En el ámbito local, una de las novedades del Real Decreto 424/2017 de control interno de las entidades locales, regula en su artículo 28 el modo de proceder ante la omisión de la función interventora con carácter previo al reconocimiento de la obligación y pago.

El órgano de control imperativamente *“emitirá su opinión ante la propuesta”*, sin naturaleza fiscalizadora, conteniendo una serie de extremos, como la constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo y de que su precio se ajusta al de mercado, o la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento jurídico que, según el apartado e) del precepto *“será apreciada por el órgano interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”*.



Como puede observarse, el citado reglamento deja a la discrecionalidad personal de cada interventor/a la conveniencia o no de la depuración jurídica. Es más, permite que no se revise un acto nulo por razones de economía procesal, extendiendo los efectos sanadores del gasto a un acto viciado de nulidad atendiendo tan sólo a una estimación pecuniaria del montante de la indemnización, pues solo sería pertinente instar la revisión cuando dicho importe resarcitorio se estime superior al que correspondería como consecuencia de la vía resarcitoria derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración o de incumplir la obligación a su cargo. Se trata, pues, de una previsión que está generando incertidumbre e inseguridad jurídica, en cuanto a su adecuación al principio general de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, así como con la doctrina mayoritaria por cuanto parece confundir la responsabilidad patrimonial con el enriquecimiento injusto, figuras con claras diferencias irreconciliables.

Como recuerda el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 270-2002, de 23 de octubre: *“Ni los particulares ni la Administración tiene facultades dispositivas sobre el procedimiento que en cada caso ha de seguirse, a menos que así venga expresamente ordenado”*. Tampoco parecería que se puede “sanar” un acto nulo al margen de la posibilidades del art. 52 LPAC, que solo permite convalidar actos anulables.

Entendemos que el acuerdo de convalidación tan solo afectará a la eficacia de la obligación para que resulte exigible, permitiendo su pago, pero no debería tener efectos sanadores o de convalidación de actos de fondo contrarios al ordenamiento jurídico ni que exoneren de responsabilidades de las autoridades y personal al servicio de las administraciones que ordenaron dicha actuación.

En ese sentido se pronunció la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de junio de 2018, Núm. 2666-2018, concluyendo que el pago realizado después de la convalidación del gasto por el Consejo de Ministros tenía carácter de compensación o indemnización, pero no convalida la existencia del contrato, por cuanto el artículo 42 LCSP solo considera efectos de nulidad la restitución. Por tanto, el resarcimiento o REC permite hacer efectiva la compensación prevista en la norma sustantiva (por ejemplo, en la liquidación del contrato), que trae causa en la resolución de un expediente de revisión de oficio (en caso de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad sobre el fondo jurídico del asunto) y cuya finalidad es evitar el enriquecimiento injusto.

Sustentan esta tesis el Juzgado de lo Contencioso 4 de Oviedo en su Sentencia de 12 de junio de 2017, Núm. 148-17; el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de diciembre de 2011; el Dictamen del Consejo del Principado de Asturias de 11 de febrero de 2016, Núm. 22-2016; la Instrucción 2-2012, de 12 de marzo, de la Intervención de la Generalitat de Islas Baleares o la Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de medidas tributarias, patrimoniales, financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura en su artículo 18, que determina:

“1. A fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración en perjuicio de terceros de buena fe, el reconocimiento de obligaciones derivadas de una prestación solicitada,



consentida y recepcionada de conformidad por la Administración Autonómica sin la plena observación de lo dispuesto por la normativa de contratación del sector público aplicable, se limitará a resarcir el coste de aquella excluyendo, en cualquier caso en que conlleve la nulidad absoluta de las actuaciones o del negocio jurídico del que traiga causa, el beneficio industrial”.

2. Previamente a dicho reconocimiento, siempre que ello fuera posible, deberá procederse a la subsanación de los vicios de los que adoleciese el procedimiento tramitado para su concertación.

3. En los supuestos en los que resulte imposible la convalidación contemplada en el apartado anterior, deberá tramitarse la correspondiente revisión de oficio de las actuaciones, procediendo a reconocer, en el mismo procedimiento, las cuantías resarcitorias que procedan sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior y con sujeción a las siguientes especialidades: (...)”.

Además, la Administración debe dotarse de mecanismos que verifiquen la recepción de la prestación, la ejecución material de la inversión y el valor de lo efectivamente ejecutado, en línea con la Resolución de la Intervención General del Estado, de 14-07-2015, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de comprobación material de la inversión. Son una pauta a seguir, las previsiones contenidas en este sentido en la citada Instrucción 2-2012, de 12 de marzo, de la Intervención de la Generalitat de Islas Baleares o en la mencionada Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de Extremadura.

Ello sin perjuicio del control interno en su función de control permanente en los supuestos y con el alcance que se decida acometer en los respectivos ámbitos.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la Generalitat Valenciana, rige lo dispuesto en la Resolución de 16 de enero de 2020, de la Intervención General de la Generalitat, por la que se dictan instrucciones en relación con el ejercicio del control financiero permanente y los informes de los controles financieros específicos acordados por el Consell.

En esta resolución, entre otras cuestiones, se concreta el ejercicio del control financiero permanente que se realiza por las Intervenciones Delegadas, en las materias y con el alcance que la Intervención General de la Generalitat establece en el Plan Anual de Control Financiero Permanente, o bien por realizarse controles adicionales por el interventor actuante sobre determinadas materias y, entre ellas, los informes a los expedientes en que, habiéndose omitido la intervención previa, no fuera posible considerar convalidadas las actuaciones que prevé el apartado 2 del artículo 106 de la LHPGV.

El objeto de dicho control es comprobar de forma continuada que su funcionamiento, en el aspecto económico-financiero, se ajusta al ordenamiento jurídico y a los principios generales de



buena gestión financiera, así como formular recomendaciones para promover la mejora de las técnicas y procedimientos de gestión económico-financiera.

Una vez aprobada la resolución del expediente de REI por la persona titular de la *conselleria* competente en materia de sanidad, previa autorización por el Consell, de acuerdo con la tramitación prevista en los artículos 106.3 y, en su caso, 39.5 de la LHPGV, se marcan los documentos contables como expedientes de REI y sujetos a control financiero permanente. El control financiero se realiza del modo siguiente:

“La Intervención Delegada seleccionará, por cada expediente de crédito y en función de los medios disponibles, una muestra de las obligaciones reconocidas mediante técnica de muestreo numérico por métodos informáticos, de la que se dejará constancia en el informe de control. A continuación, se requerirá a los centros gestores que aporten los documentos seleccionados, junto con el expediente completo de aprobación del resarcimiento por enriquecimiento injusto y el resto de documentación que dé soporte al reconocimiento de las obligaciones en él incluidas. Sobre la muestra se realizarán las verificaciones propias que se efectúan para los expedientes de reconocimiento de obligaciones en el curso de la función interventora recogidas en el Acuerdo de 24 de agosto de 2012, del Consell, por el que se determinan los extremos adicionales a comprobar por la Intervención en el ejercicio de la fiscalización del gasto (...). En todo caso, las comprobaciones efectuadas deberán ser recogidas en un documento denominado “Listado de Verificaciones” que se incluirá como anexo en el Informe anual previsto en las disposiciones quince y dieciséis. Los resultados quedarán documentados en papeles de trabajo que muestren la evidencia obtenida que soporta el resultado expresado y se conservarán en el archivo de la Intervención Delegada actuante a efectos de su consulta (...) Se emitirá un informe parcial de CFP con expresión del resultado obtenido en la actuación.

(...) A fin de que cada Conseller elabore el Plan de Acción, en su caso, se identificarán las debilidades, deficiencias, errores e incumplimientos. Los Planes de Acción que se deriven del contenido del Informe Global deberán recibirse en la Intervención General antes del 30 de junio”.

Consultado el Plan Anual de Control Financiero Permanente de la Intervención General de la Generalitat para el ejercicio 2020, se aprecia que únicamente se ha incluido en el mismo el control financiero permanente para el reconocimiento de las obligaciones derivadas de expedientes de REI relativos a la *Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública*. Se continúa poniendo énfasis en el control del enriquecimiento injusto única y exclusivamente en relación con el sector sanitario, en línea con la Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Intervención General de la Generalitat, por la que se dictan instrucciones para la ejecución del Acuerdo de 31 de octubre de 2018, del Consell, de aplicación del control financiero permanente en sustitución de la intervención previa para el reconocimiento de las obligaciones derivadas de expedientes de REI en la *conselleria* competente en materia de sanidad.



Es cierto que, según los datos de la información agregada citados en el apartado introductorio de nuestra recomendación, es en dicho sector donde se produce el mayor porcentaje de expedientes de “resarcimiento” pero no lo es menos que existen otras áreas en las que convendría ampliar dichos controles.

En cualquier caso, de los datos que hemos manejado y comentado como contexto de esta recomendación, la manera en que se están aprobando algunos “expedientes” de resarcimiento en general y, en el ámbito sanitario en particular, los que abarcan varios ejercicios cerrados sin especificar el origen del gasto, ni referirse a expedientes singulares de acuerdo con la materia y tipo de gasto pormenorizado de que se trate, dificultan sobremanera incluso el control posterior.

Por todo lo expuesto, entendemos que el acuerdo de convalidación del expediente económico tan sólo afecta a la eficacia de la obligación para que resulte exigible, permitiendo su pago. Pero constatamos que la excepcionalísima previsión de un sistema de convalidación de un gasto se ha convertido en una práctica generalizada que propicia el uso abusivo de la figura. Depurar la actuación administrativa que ha originado este gasto al margen de la Ley y de los principios generales del Derecho, puede ser una alternativa para reubicar el fenómeno en la situación excepcional que le corresponde, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia unánime en este aspecto.



04

**Riesgos de fraude y
corrupción derivados del
abuso del
enriquecimiento injusto
en nuestras instituciones
públicas. Especial
atención a la
contratación del sector
público**



En este apartado, abordaremos sucintamente los principales riesgos de fraude y corrupción derivados del uso abusivo del enriquecimiento injusto detectados por esta Agencia.

A tal efecto, agruparemos en primer lugar aquellos riesgos que son predicables con carácter general de cualquier ámbito de actividad pública.

A continuación, analizaremos la síntesis de las principales irregularidades y la identificación de los riesgos en el ámbito sectorial de la contratación pública, ámbito en el que existen mayores evidencias de gasto público vinculado al enriquecimiento injusto.

No obstante, se advierte que muchos de estos riesgos también son predicables de otros ámbitos materiales en los que se acude de forma recurrente al correspondiente expediente económico de REI o REC, según el ámbito, para reconocer obligaciones de pago derivadas de actuaciones constitutivas, por ejemplo, de vías de hecho (subvenciones, función pública, etc).

En general, son riesgos de fraude y corrupción derivados del uso abusivo del enriquecimiento injusto comunes a cualquier ámbito sectorial de actividad pública, entre otros, los siguientes:

1.	Apartarse, por vía de hecho o vulnerando el derecho, de la misión de servicio público sobre la que debe girar toda la actividad de las administraciones públicas
2.	El despilfarro de recursos públicos: malgastar dinero público por no gestionar el gasto en función de los recursos necesarios o desviándose de los fines previstos
3.	Falta de planificación de la acción pública: la ausencia de planes o su indebida ejecución impiden priorizar las políticas públicas, abriendo las puertas a encargos de prestaciones no necesariamente alineadas con las mismas
4.	Falta de dotación de los recursos humanos necesarios y cualificados para cumplir su misión de servicio público: incrementa el riesgo de no seguir los procedimientos legales
5.	Obsolescencia legal o tecnológica: desconocer el marco normativo aplicable a la decisión. Conocerlo es esencial para dar cumplimiento a la premisa de cualquiera actuación pública: el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho
6.	Falta de transparencia de la acción pública como quiebra de la rendición de cuentas públicamente
7.	Incremento de los conflictos de intereses e incompatibilidades no detectados ni controlados, en la medida en que algunos "encargos u órdenes" por parte de la Administración pueden provenir de personas (autoridades, empleados públicos o derivadas de exigencias de las propias empresas que realizan la prestación per se o a través de sus lobbies), guiadas por intereses particulares y ajenos a su misión de servicio público
8.	El escaso control interno, sobre todo, del sector público instrumental
9.	Descrédito ante la ciudadanía y la hipoteca reputacional suponen altos costes para las instituciones, y suelen ir ligadas al desvío del interés general público en beneficio de algunos intereses particulares, lo que, en el caso del enriquecimiento sin causa, a menudo acontece

A continuación, pasamos a enumerar las principales irregularidades y los riesgos a ella aparejados que traen causa de la figura objeto de esta recomendación identificados por esta Agencia en el ámbito sectorial de la contratación pública.



El abuso del enriquecimiento injusto ha derivado en irregularidades en el ámbito de la contratación, tales como: *i)* contratación verbal: facturas sin contrato que las soporte; *ii)* concatenación de contratos menores y otros tipos de fraccionamiento ilícito del objeto del contrato; *iii)* modificaciones de contratos sin procedimiento de aprobación; especialmente de obras; *iv)* recurso al procedimiento negociado sin publicidad fuera de las excepciones tasadas por Ley; *v)* formalizar un convenio cuyo objeto sea una prestación contractual, con infracción del artículo 50 de la LRJSP, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público; *vi)* formalizar un encargo a medio propio sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 32 LCSP; *vii)* prórroga de forma ilegal o injustificada la duración de los contratos.

Los riesgos generales de fraude y corrupción derivados del abuso del enriquecimiento injusto se acentúan y matizan en el marco del propio ciclo de planificación, ejecución y control del gasto público por excelencia en las administraciones públicas: el de los bienes, obras y servicios que caracteriza la contratación del sector público.

En efecto, la probabilidad de que las irregularidades señaladas se produzcan será mayor cuanto menos se planifiquen y justifiquen los “encargos” o se realicen sin seguir los procedimientos legales oportunos, lo que sucederá siempre que se acuda al enriquecimiento sin causa. Y lo mismo cuando, una vez ejecutado el “encargo”, el mismo no se ejecute totalmente, se modifique sin seguir los procedimientos formales o se prorrogue de facto, impidiéndose los controles internos que requiere un contrato público durante toda su vida, y despilfarrando sendos recursos públicos que deberían haber sido “teledirigidos” por la administración contratante hacia su particular misión de servicio público. Lo contrario, como apuntamos en el objeto de esta recomendación, abre la puerta al riesgo de conflictos de intereses en juego que, por falta de detección y control, inclinen la balanza del “encargo” en favor de algún interés particular en detrimento de los intereses generales de la colectividad. Se enumeran tales riesgos específicos de manera no exhaustiva:

Planificación:	Falta de planificación
	Encargos no planificado
	Falta de regulación del procedimiento de contratación, en especial del procedimiento para la contratación menor
Ejecución:	Modificación indebida del contrato
	Inejecución total o parcial de mejora o modificación
	Autorización de pagos irregulares o injustificados
Extinción:	Prórrogas no previstas en PCAP, y/o sin respeto al preaviso
	Prórrogas “forzosas” por continuidad en la prestación de los servicios públicos
	Alteración de la duración del contrato (elemento esencial)
	Autorización de pagos irregulares o injustificados
	Inadvertencia o inactividad ante causa de resolución del contrato
	Despilfarro de recursos públicos: - no liquidación de obligaciones contractuales conforme a derecho - no indemnización de valor resarcitorio ajustado a derecho - no conocimiento suficiente del mercado



Control interno:	Falta de control de los límites de la contratación menor, del fraccionamiento del objeto del contrato.
	Omisiones de fiscalización que puedan conllevar nulidad de actos y posteriores indemnizaciones por enriquecimiento injusto
	Falta de coordinación entre el órgano de contratación, responsable del contrato y el órgano interventor
	Ausencia de control material de la inversión
	Ausencia de control de cumplimiento de código ético de la organización y su acatamiento por proveedores y subcontratistas
Denuncias:	Ausencia de canal de denuncias interno
Transparencia:	Falta de transparencia, en especial de los contratos menores

Concluimos este apartado indicando que intuimos que muchos de estos riesgos también son predicables de otros ámbitos materiales en los que se acude de forma recurrente al REC o REI, según el ámbito para reconocer obligaciones de pago derivadas de actuaciones constitutivas de vías de hecho (subvenciones, función pública, etc). Tales riesgos serán objeto de desarrollo en posteriores estudios y trabajos que se puedan acometer desde esta Agencia a resultados de los datos que podamos evidenciar.



05

Mecanismos de prevención del enriquecimiento injusto que evitan y/o minimizan irregularidades constitutivas de fraude y corrupción



A la vista de los riesgos de fraude y/o corrupción vinculados con el abuso de la vía del enriquecimiento injusto, consideramos que también deberían tomarse medidas preventivas del mismo y no sólo las que hoy existen, eminentemente reactivas.

Extractamos a continuación los principales mecanismos que, al implementar la cultura de la integridad pública en las entidades del sector público de nuestra Comunitat, entendemos contribuirían a decantar la balanza del “abuso” al “uso” excepcional de la figura:

1. Someterse al mandato de la Ley y el Derecho, esto es, aplicar los procedimientos legalmente previstos en las diversas normas sectoriales, tanto los que regulan el *iter* y requisitos a seguir para que la Administración realice un encargo o contrato con un particular, como los que las leyes ya contemplan para compensar prestaciones, trabajos o situaciones realizados por un particular en provecho de una Administración, aparcando el remedio subsidiario del resarcimiento por enriquecimiento injusto para los supuesto que no tengan cabida en dicha regulación positiva.
2. Planificación de las políticas públicas y su gestión: los encargos al margen de la misión de servicio público y/o fuera de los cauces legales se evitarían si las instituciones actuasen sólo tras barajar las alternativas, costes y efectos. No en vano, el plan de lo que se necesita contratar junto con su seguimiento y control evitará el despilfarro de dinero público, gestionando adecuadamente el gasto en función de los recursos necesarios. Del mismo modo, la planificación permite actuar sólo con acomodo de la economía institucional; sabiendo con qué dinero se cuenta antes de gastarlo, y valorando *ex ante* si realmente es o no necesario externalizar una prestación. Recomendamos que integren sus políticas públicas coordinando la planificación de todas las áreas de práctica de la organización.
3. Otras medidas encaminadas de carácter organizativo: los servidores públicos, especialmente los responsables y gestores de las áreas de mayor riesgo derivado de enriquecimiento sin causa han de ser suficientes en número para poder acometer con solvencia sus funciones y han de recibir suficiente formación al efecto.
4. En línea con lo anterior, recomendamos la adecuación de la dotación de sus recursos humanos, en especial reforzando los servicios jurídicos de su entidad así como el personal técnico y/o cualificado en sus servicios gestores, y asimismo el personal de control interno. Nos jugamos mucho y las instituciones debemos buscar soluciones atendiendo a la proporcionalidad de nuestros recursos; contando con recursos formados, que actúen con dominio de las materias que traten en sus respectivos servicios y no “por miedo” a errores y responsabilidades fruto del desconocimiento. Aquí el papel fundamental de las Diputaciones Provinciales en su misión de dar soporte a las entidades locales con menos medios.



5. Complementariamente, en la medida del tamaño y posibilidades de cada entidad, debería fomentarse la implementación de sistemas tecnológicos y de inteligencia artificial que permitan la detección y control de irregularidades en todas las fases, así como coadyuvar en las tareas de planificación y de gestión.
6. Transparencia, como uno de los principales instrumentos para garantizar la efectiva rendición de cuentas de la actividad pública a la ciudadanía: muy especialmente en los ámbitos más afectados por enriquecimiento injusto: contratación, subvenciones, función pública y urbanismo.
7. En el ámbito concreto de la contratación pública, uno de los más afectados por la figura del enriquecimiento injusto, debemos insistir en que cumplir el procedimiento legalmente previsto para resultar adjudicatario de un contrato va más allá de meras exigencias formales, pues es la única vía para respetar los principios generales de la Unión Europea así como con las reglas que protegen la libre competencia en el normal funcionamiento de los mercados.

Habida cuenta que uno de los requisitos para que prospere la vía resarcitoria del enriquecimiento injusto es la buena fe de quién ejecute el encargo de la Administración, se recomienda incluir en el clausulado tipo de los pliegos (administrativos y técnicos) una cláusula que prohíba al contratista adjudicatario del contrato aceptar encargos de la dirección facultativa o responsable del contrato al margen de los previos procedimientos legalmente establecidos al efecto. A sensu contrario, deberán preverse mecanismos internos disuasorios y disciplinarios contra el personal técnico o responsable político que realice el encargo al margen de la legalidad (por ejemplo modificados o excesos de obra sin procedimiento legal; concatenación de contratos menores para necesidades recurrentes en vez de instar su licitación, etc).

Todo ello además de la inclusión de clausulado ético en los contratos, del respeto de las prohibiciones para contratar, o de las declaraciones responsables de conflictos de intereses y de pertenencia a grupo empresarial, la puesta en marcha de canales de denuncias, o el refuerzo del papel de control de la ejecución de los contratos, entre otras medidas relacionadas como: incluir la anualidad de todos los contratos plurianuales ya adjudicados; incluir todos los servicios y suministros periódicos y repetitivos en la correspondiente planificación anual; estimar el importe de acreedores pendientes de aplicar al presupuesto; o regular en las bases de ejecución del presupuesto o documento similar el procedimiento a seguir para la contratación menor y sus especialidades de control interno.

8. En todos los ámbitos sectoriales recordamos asimismo la importancia de velar por el respeto de la planificación y de la normativa sectorial, así como de conocer y analizar la necesidad de acudir a la externalización de prestaciones (lo que sólo es plausible previa justificación motivada de la insuficiencia de recursos propios al efecto) y nunca con carácter general.
9. Paralelamente, y para los excepcionales supuestos en que se acuda a la vía del resarcimiento o reconocimiento extrajudicial por enriquecimiento injusto, podría articularse un proceso de mejora regulatoria que, en línea con algunas propuestas doctrinales, articule medidas bajo el prisma del restablecimiento de la legalidad infringida, bien regulando *ad hoc* la vía del enriquecimiento injusto, bien en el seno de la regulación actual del procedimiento de gestión de dicho gasto e, insistimos, en cualquier caso, respetando su subsidiariedad.
10. Al margen de lo anterior, han de dotarse mecanismos que verifiquen la recepción de la prestación por parte de la Administración, la ejecución material de la inversión y el valor de lo efectivamente ejecutado.
11. Se recomienda reforzar el control interno en su función de control permanente en los supuestos y con el alcance que se decida acometer en los respectivos ámbitos. En particular, sería conveniente incluir en el Plan Anual de Control Financiero Permanente de la Intervención General de la Generalitat correspondiente el reconocimiento de las obligaciones derivadas de expedientes de REI relativos a todas las *consellerias* de la Generalitat así como también de su sector público instrumental. Y lo mismo en el caso de las Diputaciones y entidades locales de mayor tamaño.



06

Responsabilidades de autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas así como de entidades públicas o privadas perceptoras de dinero público



Ante la importancia de co-crear una cultura preventiva que abogue por el funcionamiento íntegro, eficaz y eficiente de las administraciones públicas valencianas, significamos como un elemento más a tener en cuenta, un elenco general de posibles responsabilidades en que podrían incurrir aquellas autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas que ordenen la ejecución por un tercero de una prestación al margen de la Ley.

En particular, y en relación con nuestro análisis de la figura del enriquecimiento sin causa, el acuerdo favorable del órgano competente que resuelva la omisión de fiscalización, no exime de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar, ex artículo 106.4 de la LHPGV y, en similares términos, el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

El control posterior (al que, según hemos comentado, se reconducen por ejemplo los expedientes de resarcimiento de la *Conselleria de Sanitat*) permite asimismo reaccionar cuando se conozcan hechos que puedan ser constitutivos de infracción administrativa, o que puedan dar lugar a responsabilidades contables o penales.

Respecto a la otra cara de la misma moneda, apreciamos que resulta necesario considerar la eventual responsabilidad de aquellas entidades públicas o privadas que han ejecutado la prestación a sabiendas de que, al hacerlo, estaban vulnerando el ordenamiento jurídico o desviando el interés público de la Administración a favor de sus intereses particulares.

Partiendo del análisis de los requisitos y caracteres de la figura objeto de esta recomendación, trataremos someramente, entre los tipos generales de responsabilidades de autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas, aquéllas que les son predicables a los supuestos de enriquecimiento injusto, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades a que hubiere lugar que contemple la respectiva normativa sectorial en función del ámbito material y de las circunstancias concretas en los que se encuadre el encargo realizado por el particular a instancias de la orden de la Administración, al margen de los cauces legales.

6.1. Responsabilidad disciplinaria

Una de las posibles responsabilidades a depurar, en el seno de cada organización pública, en los casos en que se reconozcan obligaciones derivadas de los llamados REI's o REC's, es la responsabilidad disciplinaria que corresponda contra el personal al servicio de la Administración que realice el "encargo" al margen de la legalidad (por ejemplo, aquél que ordene un modificado o exceso de obra sin procedimiento legal; la concatenación de contratos menores para necesidades recurrentes en vez de instar su licitación, etc).

La regulación básica de la responsabilidad disciplinaria se recoge en el artículo 95 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que, en lo que aquí interesa, recoge entre las infracciones tipificadas



como muy graves la “*adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”, anudándose como consecuencia punitiva sanciones que pueden ir desde la separación del servicio en caso de infracciones muy graves, la suspensión de funciones (o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral), hasta el apercibimiento. En términos similares, se recoge en la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

La modulación de las sanciones graves o leves tendría los siguientes parámetros generales de graduación:

- a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad.
- b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.
- c) El descrédito para la imagen pública de la Administración.
- d) El grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación.

6.2. Responsabilidad por infracción de la normativa de buen gobierno

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (a la que se remite la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana), tipifica el régimen sancionador de altos cargos y directivos públicos. Así, además de las infracciones en materia de conflicto de intereses y las disciplinarias, regula como *muy graves* (cuando sean conductas culpables) las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria. Entre dichas infracciones muy graves, destacamos aquéllas que podrían ser consecuencia de la figura del enriquecimiento injusto (atendiendo a su propia tipificación) y, por ende, habrán de ser tomadas en consideración en correspondiente proceso de depuración de responsabilidades:

- Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la normativa presupuestaria que sea aplicable.
- La omisión del trámite de intervención previa de los gastos, obligaciones o pagos, cuando ésta resulte preceptiva o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria.



- La ausencia de justificación de la inversión de los fondos a los que se refiere la normativa presupuestaria.

En el ámbito local, se hace referencia expresa en el Real Decreto de control interno, a que cuando el órgano interventor aprecie que determinados hechos acreditados pudieran ser susceptibles de constituir una infracción en materia de gestión económico-presupuestaria de las previstas en la mencionada Ley 19/2013, de 9 de diciembre que, no siendo constitutivas de delito afecten a presuntos responsables comprendidos en el ámbito de aplicación de la citada ley, dará traslado de las actuaciones al órgano competente, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable.

6.3. Responsabilidad contable

Una de las responsabilidades que mayor relación guarda con la tramitación de los expedientes de resarcimiento o REC por enriquecimiento injusto es la responsabilidad contable. Así, los artículos 38 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establecen: *“el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

En esta materia, el Tribunal de Cuentas ha ido ampliando su doctrina, llegando a poner el acento en la *prohibición de celebrar contratos innecesarios* ex artículo 28 LCSP, en pos de los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia; así como en cuanto a los estudios económicos que verifiquen el *precio de mercado*.

Así, la contratación llevada a cabo con falta de justificación de la finalidad pública constituye *alcance de fondos públicos*, aun cuando se hubiera tramitado correctamente el expediente, mientras que existiendo tal justificación del fin público, pese a la infracción de las normas reguladoras del procedimiento del gasto público, ello no generaría por sí solo responsabilidad contable (Sentencia Sala de Justicia de 26 de julio de 2019, Núm. 14-19). En ese sentido, la STS de 17 de octubre de 2018, recuerda la obligación de respetar el principio de legalidad presupuestaria, a la vinculación del gasto con su finalidad pública, ajustada a Derecho, y a las consecuencias de incumplir las normas.

En todo caso, cuando se considere que pueda existir responsabilidad contable (previa denuncia, fiscalización del órgano de control externo o providencia de juzgado de instrucción penal o contencioso-administrativo), el Tribunal de Cuentas podrá iniciar el correspondiente procedimiento, pudiendo considerar la existencia de responsabilidad contable cuando se den los

cinco requisitos establecidos por la propia doctrina del tribunal de cuentas (Sentencia de 30/06/1992)⁶.

Cabe indicar que esta responsabilidad, puede ser directa (del causante/s del daño) o subsidiaria (de aquel que pudiendo evitarlo no lo hizo), siendo compatible con otros tipos de responsabilidades (penal, disciplinaria...), puesto que su finalidad es resarcir a las arcas municipales. Ello sin perjuicio de su repercusión al responsable directo siempre que no haya prescrito la acción; por ejemplo, a la autoridad que encarga una prestación sin seguir el cauce legal (generalmente, a persona o entidad en la que concurre un interés particular del que encarga en perjuicio del interés general), al beneficiario de las subvenciones que no haya reintegrado, el receptor de productividades ilegales, etc).

Esta última cuestión nos parece relevante, a los efectos de depurar las eventuales responsabilidades de las autoridades y gestores administrativos del gasto, puesto que a éstos no alcanza la responsabilidad contable ni directa ni subsidiaria, en caso de no tener entre sus funciones el manejo de caudales públicos.

En cualquier caso, los responsables del manejo de los caudales públicos, en el ejercicio de sus funciones deberán tener en cuenta todas estas cuestiones a la hora de emisión de los correspondientes informes.

6.4. Responsabilidad penal

Como decíamos al principio de este apartado, dependiendo de la causa justa vulnerada o inexistente que motivó el enriquecimiento injusto y de las circunstancias que enmarcaren el caso concreto, la consecuencia punitiva última (última ratio) que nuestro ordenamiento jurídico anuda al presunto responsable es la vía penal. Así, sendos supuestos de la figura que analizamos podrían encajar, llevados al extremo, en los ilícitos tipificados como delitos contra la Administración Pública en el título IX del Código Penal, entre los que aquí destacarían: la prevaricación (art. 446 y ss.), el cohecho (art. 419 y ss.) el tráfico de influencias (art. 428 y ss.), la malversación (art. 432) y las negociaciones prohibidas (art. 439 y ss).

En efecto, la STS 18 de noviembre de 2016 resume los criterios o principios configuradores del delito de *prevaricación*, del modo siguiente:

⁶ Requisitos responsabilidad contable:

1. Acción u omisión atribuible a persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos
2. Acción u omisión que se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos
3. Que suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable
4. Que el menoscabo sea efectivo, individualizado y evaluable económicamente
5. Que exista relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido



“Que la contradicción con el derecho o ilegalidad en el delito de prevaricación se manifiesta normalmente en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, que sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable; Esa contradicción material entre la decisión y la legalidad se manifiesta cuando se vulnera la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho tan clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el [art. 9.3](#) de la [C.E.](#), en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad”.

Por su parte, la STS de 25 de abril de 2018 señala que la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (sentencias de 21 de diciembre de 1999 , 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002 , entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002 , entre otras) *"el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona..."*.

Si bien el derecho penal se configura desde los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico como la *última ratio*, es decir, el remedio que el ordenamiento jurídico contempla como máximo castigo de la ilicitud, y que la mayor parte de irregularidades administrativas deberían residenciarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la creciente tendencia en nuestros días es que cada vez es más fina la línea divisoria entre ambos órdenes judiciales. En bastantes ocasiones son los propios juzgados de lo penal los que imponen condenas por delitos de prevaricación, cohecho, negociaciones prohibidas o tráfico de influencias, basados en irregularidades de carácter administrativo y con escasa fundamentación de la componente del dolo/intencionalidad penal.

Como muestra sintomática traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de octubre de 2019, Núm. 431-2019, que en relación a determinadas facturas por servicios



contratados sin seguir los procedimientos de contratación establecidos en la normativa de contratación, impuso condenas penales por prevaricación con el siguiente fundamento:

“Respecto a estas nueve facturas, los acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Esta insuficiente fundamentación resulta, a nuestro entender, contraria a la finalidad punitiva penal como última ratio. En este sentido, a criterio de esta Agencia medidas tales como la previsión de una suerte de prejudicialidad administrativa previa al enjuiciamiento penal o bien el recurso a la especialización vía periciales judiciales, entre otras, para que los vicios jurídicos públicos sean examinados por los juzgados especializados en tan compleja materia (lo que solo acontece a la inversa), quizás contribuirían a reubicar estas irregularidades administrativas y las responsabilidades derivadas, en el orden contencioso-administrativo .

Como anticipábamos al principio de este apartado, en los supuestos de enriquecimiento sin causa no solo participa la Administración sino que también participa activamente la entidad privada o pública que ejecuta el encargo al margen de los cauces ordinariamente previstos. Por tanto, entendemos que en el proceso de depuración de responsabilidades que traiga causa del expediente de resarcimiento o REC por enriquecimiento injusto, habrá que analizar dos cuestiones:

1. la graduación de las responsabilidades de las autoridades o personas de la Administración ordenantes del “encargo” en función de la aceptación “maliciosa y consciente” del encargo por parte de la entidad pública o privada, en beneficio particular,
2. la correlativa depuración de cuantas responsabilidades fueran procedentes en relación a dichos “ejecutores” del encargo, tales como: la acción de repetición prevista en el artículo 213 y concordantes de la LCSP; el eventual reintegro de lo indebidamente percibido; y demás acciones que procedan en los distintos órdenes jurisdiccionales en función de las circunstancias del encargo (generalmente, vías contencioso-administrativa, civil y penal).

Como conclusión global de este apartado, desde esta Agencia les recordamos la importancia de que se depuren, previos los oportunos procedimientos contradictorios al efecto, las responsabilidades de quienes ordenaron por su cuenta y riesgo la ejecución de una prestación al margen del ordenamiento jurídico aplicable (esto es, motivadora de un enriquecimiento sin causa) y/o de las entidades públicas o privadas que voluntaria o conscientemente de su ilegalidad, decidieron ejecutar dicha prestación para garantizarse el cobro de la misma, desviando así a la Administración de su misión de servicio público en beneficio particular.



07

Conclusiones

Primera

En los últimos años hemos constatado un crecimiento exponencial de los mediáticos expedientes de resarcimiento por “enriquecimiento injusto” por parte del sector público de nuestra Comunitat, que no cesa, normalizando así elevadísimas compensaciones económicas a quienes realizan prestaciones para las Administraciones, por encargo de éstas, para evitar su empobrecimiento patrimonial y el correlativo enriquecimiento de aquellas.

Segunda

Este aumento desdibuja la construcción jurisprudencial de dicha figura resarcitoria, configurada como un remedio excepcional de justicia material.

Tercera

En ámbitos como la contratación del sector público, el uso abusivo del enriquecimiento injusto “normaliza” la huida de la legítima condición de contratista por los cauces legales, en colisión frontal con los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia, así como con las reglas que protegen la libre competencia en el normal funcionamiento de los mercados. A su vez, el abuso de esta vía invisibiliza sendos conflictos de intereses e impide o dificulta sobremanera el control de la ejecución de la prestación.



Todas estas circunstancias revelan que estamos ante un foco importante de riesgos de fraude y de corrupción en muchos ámbitos públicos, en especial pero no en exclusiva en el sector de contratación.

Cuarta

Del análisis jurídico global de la figura, partiendo de la jurisprudencia y de las diversas corrientes doctrinales, extraemos las conclusiones de mayor interés para esta Agencia:

- Ningún precepto legal del ordenamiento jurídico español contiene su regulación, siendo una figura resarcitoria subsidiaria de creación jurisprudencial que ha cristalizado en un principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto y en la acción concreta que ampara su resarcimiento, por justicia material.
- La aplicación del principio del enriquecimiento injusto rige en el específico ámbito del Derecho Administrativo como origen de su obligación de pago pero con las *singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas* y las especialidades propias del *ejercicio de potestades administrativas*.
- Se trata de una fuente de obligaciones ajena a la institución de la responsabilidad patrimonial, quedando su finalidad resarcitoria limitada al correlativo empobrecimiento del ejecutante del encargo de la Administración.
- La vía del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones ha de jugar su papel natural operando sólo como remedio subsidiario de los mecanismos compensatorios previstos, en función del ámbito material, en las diversas vías reguladas en la legislación sectorial. En el caso de la contratación, su finalidad residual decae en favor de la compensación subsidiaria de la restitución de prestaciones con ocasión de la liquidación de un contrato, prevista en la propia LCSP (artículo 42).
- La doctrina mayoritaria más actual de los órganos consultivos se muestra favorable a la revisión de oficio del acto que motiva la ejecución de la prestación objeto de enriquecimiento injusto, por estar incurso en causa de nulidad de pleno derecho. Con todo, también existen pronunciamientos que abogan por que prevalezcan el principio de seguridad jurídica y los límites de la revisión en garantía de la situación consolidada en favor de la contratista y no deba procederse a la declaración de nulidad.
- En la práctica, la mayor parte de actos o actuaciones viciadas de nulidad de pleno derecho no son depuradas del ordenamiento jurídico vía revisión. El legislador y los aplicadores del Derecho se ciñen a un procedimiento *ad hoc* de convalidación de la inexistencia de crédito para pagar las facturas mediante un mero acuerdo de REI (autonómico) o de REC (local) que supone convalidar y permite realizar el pago.



- Existe una diversidad de pronunciamientos sobre la cuantificación económica de la compensación (subsidiaria de la restitución) que en su caso proceda al liquidar el contrato. La mayoría de los Consejos Consultivos y órganos judiciales no se plantean el importe; sólo si se produjo el encargo y se ejecutó la obra o servicio, lo que al fin y a la postre culmina en el pago del importe que pide el contratista al girar su factura.
- Algún autor, ha llegado plantear que por parte del legislador se regule una suerte de procedimiento de restablecimiento de la legalidad vulnerada como cortapisa al enriquecimiento injusto.

Quinta

El abuso del enriquecimiento injusto incrementa sendos riesgos de fraude y corrupción en los ámbitos sectoriales más afectados en nuestras instituciones públicas, que hemos enumerado en el apartado III de esta recomendación, distinguiendo entre los comunes a cualquiera de ellos y los específicos en el ámbito contractual.

Sexta

El enriquecimiento injusto como garantía de continuidad de un servicio público viene siendo una constante de los acuerdos contrarios a reparos de la intervención. Ello plantea serios problemas al producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública por el cauce legalmente previsto. En materia de contratación, se trata de una medida excepcionalísima, anudada a la nulidad y no a la “prórroga *de facto*” de un contrato, más allá de la novedosa previsión del artículo 29.4 LCSP, por lo que, fuera de ambos supuestos, el acuerdo de continuidad de los servicios públicos accionaría el mecanismo del enriquecimiento injusto, contribuyendo a su generalización, en contra de su naturaleza excepcional.

Séptima

Uno de los elementos que contribuirían al funcionamiento íntegro, eficaz y eficiente de las administraciones públicas valencianas es la eventual depuración de las posibles responsabilidades de toda índole de autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas que ordenen la ejecución por un tercero de una prestación al margen de la Ley, y, como la otra cara de la misma moneda, la necesaria consideración de la responsabilidad de aquéllas entidades públicas o privadas que han ejecutado la prestación a sabiendas de que, al hacerlo, estaban vulnerando el ordenamiento jurídico o desviando el interés público de la Administración a favor de sus intereses particulares.



08

Recomendaciones

Primera

Es menester tomar conciencia del carácter excepcional del enriquecimiento injusto, pues solo así podremos frenar el uso abusivo de esta práctica que está sirviendo de “antesala” de algunos casos de corrupción, en la medida en que se pone el acento regulatorio en un sistema que permite el pago a quién ha ejecutado una prestación sin amparo legal, sin informe jurídico ni fiscalización previa por el órgano de control interno correspondiente y que, en muchos casos, se limita a un acuerdo de “resarcimiento por enriquecimiento injusto” (REI autonómico) o “reconocimiento extrajudicial del crédito” (REC local).

Segunda

Poner el foco en la cuestión jurídico material que origina el enriquecimiento injusto, buscando soluciones (o creándolas) en este ámbito, puede ayudar a poner freno al fenómeno. Aun cuando inicialmente puede entenderse que estas soluciones son más gravosas que el mero reconocimiento extrajudicial de crédito, consideramos que el “uso abusivo” de esta figura exige reconducir esta práctica atendiendo también, al marco normativo sustantivo de aplicación, por imperativo del principio de legalidad.



Tercera

Es necesario que los operadores jurídicos e intérpretes se presten a diferenciar entre el expediente económico de REI o REC y el procedimiento sustantivo del que trae causa, sin rehusar *per se* la revisión de oficio del segundo (la realidad jurídica que subyace al fondo del asunto; la ejecución de la prestación) por la inexistencia de causa de nulidad del primero (encargado de tratar una omisión de fiscalización que posibilite un pago no contemplado en presupuesto). Podría ayudar a ello la elaboración de un catálogo que oriente la actuación de todos los intervinientes diferenciando, por seguridad jurídica, los supuestos de nulidad (susceptibles de ser revisados de oficio) de los de anulabilidad y de las meras irregularidades invalidantes.

Cuarta

Las autoridades y operadores jurídicos y de control deben aplicar los procedimientos legalmente previstos en las diversas normas sectoriales tanto los que regulan el íter y los requisitos a seguir para realizar el encargo o contrato con un particular, como los que las leyes ya contemplan para compensar o resarcir trabajos realizados. Y, de igual modo, deben cumplirse necesariamente los procedimientos legales de control de la ejecución. Ello contribuiría a frenar el abuso del remedio subsidiario del REI y cumplir el principio de legalidad.

Quinta

Paralelamente, y para los excepcionales supuestos en que se acuda a la vía del resarcimiento o reconocimiento extrajudicial por enriquecimiento injusto, podría articularse un proceso de mejora regulatoria que, en línea con algunas propuestas doctrinales, articule medidas bajo el prisma del restablecimiento de la legalidad infringida, bien regulando *ad hoc* la vía del enriquecimiento injusto, bien en el seno de la regulación actual del procedimiento de gestión de dicho gasto e, insistimos, en cualquier caso, respetando su subsidiariedad.

Sexta

El enriquecimiento injusto como garantía de continuidad de un servicio público viene siendo una constante de los acuerdos contrarios a reparos de la intervención. Ello plantea serios problemas al producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública por el cauce legalmente previsto. Debe frenarse esta práctica recurrente institucional que adultera elementos tan esenciales de un contrato como su duración.



Séptima

Es absolutamente necesario que se unifiquen criterios en lo relativo a todos los conceptos que deben incluirse en la cuantía compensatoria/indemnizatoria, por el buen funcionamiento de las administraciones públicas y la seguridad jurídica. Es esencial verificar que el montante económico de la compensación no exceda del que corresponda como contraprestación debida por los trabajos realizados. Es necesario dotarse de mecanismos que verifiquen la recepción de la prestación por parte de la Administración, la ejecución material de la inversión y el valor de lo efectivamente ejecutado.

Octava

Recordamos la importancia de que se depuren, cuando concurren los elementos preceptivos y previos los oportunos procedimientos contradictorios al efecto, las responsabilidades de las autoridades o personal al servicio de las administraciones que ordenaron por su cuenta y riesgo la ejecución de una prestación al margen del ordenamiento jurídico aplicable y/o de las entidades públicas o privadas que voluntaria o conscientemente de su ilegalidad, decidieron ejecutar dicha prestación para garantizarse el cobro de la misma, desviando así a la Administración de su misión de servicio público en beneficio de intereses particulares de terceros.

Y, avanzando un poco más, resultaría clarificador asimismo para los órganos administrativos y judiciales, que existiera un consenso a la hora de diferenciar los ilícitos penales de las irregularidades de carácter administrativo, pues actualmente, ante supuestos de hecho similares, existen fallos judiciales muy dispares y con muy distintas consecuencias. No en vano, debemos recordar que el derecho penal es la última ratio y que no toda omisión o irregularidad administrativa puede ser tildada de ilícito penal.

Novena

Es necesario poner en marcha mecanismos de prevención del uso abusivo del enriquecimiento injusto que eviten y/o minimicen irregularidades constitutivas de fraude y corrupción:

- Integrar las políticas públicas coordinando la planificación de todas las áreas de práctica de la organización: presupuesto; plan anual de contratación; plan estratégico de subvenciones; plan anual normativo; planificación urbanística; planificación de sus recursos humanos, etc, para detectar y evitar encargos al margen de lo planificado y actuar en consecuencia.
- Adecuar la dotación de los recursos humanos, en especial reforzando los servicios jurídicos, el personal técnico y/o cualificado en los servicios gestores, y asimismo el personal de control interno. Nos jugamos mucho y las instituciones debemos buscar soluciones atendiendo a la



proporcionalidad de nuestros recursos; contando con recursos formados, que actúen con dominio de las materias que traten en sus respectivos servicios y no “por miedo” a errores y responsabilidades fruto del desconocimiento.

- Fomentar la implementación de sistemas tecnológicos y de inteligencia artificial que permitan la detección y control de irregularidades en todas las fases, así como coadyuvar en las tareas de planificación y de gestión.
- Transparencia, como uno de los principales instrumentos para garantizar la efectiva rendición de cuentas de la actividad pública a la ciudadanía: muy especialmente en los ámbitos más afectados por enriquecimiento injusto: contratación, subvenciones, función pública y urbanismo.

Décima

En el ámbito concreto de la contratación pública, habida cuenta que uno de los requisitos para que prospere la vía resarcitoria del enriquecimiento injusto es la buena fe de quién ejecute el encargo de la Administración, se recomienda incluir en el clausulado tipo de los Pliegos (administrativos y técnicos) una cláusula que prohíba al contratista adjudicatario del contrato aceptar encargos de la dirección facultativa o responsable del contrato al margen de los previos procedimientos legalmente establecidos al efecto. A sensu contrario, deberán preverse mecanismos internos disuasorios y disciplinarios contra el personal técnico o responsable político que realice el encargo al margen de la legalidad.



09

Bibliografía de consulta

BAÑO LEÓN, J. M^a: «Derecho urbanístico común», ed. Iustel (2009).

BAUZA MARTORELL, F. J: «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto» Revista española de Derecho Administrativo, Núm. 181 (2016).

CEBRIÁN HERRANZ, L.; PASCUAL MARTÍN J.I.: «Obras ejecutadas sin la cobertura de un contrato: enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial», Revista jurídica de la Comunidad de Madrid (2018).

CUBILLO RODRÍGUEZ, C: «Aspectos jurídicos del despilfarro en la gestión de los fondos públicos», Colección de Fiscalidad, Dykinson (2019).

DE VICENTE GONZÁLEZ: «Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la administración local», Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, núm. 168 (2005).

DÍEZ SASTRE, S: «Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público», Documentación Administrativa. Nueva Época, Núm. 5 (2018).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo», en RAP, núm. 58 (1969)

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y RAMÓN FERNÁNDEZ, T: «Curso de derecho administrativo I», Decimoctava edición (2017) Civitas, Thomson Reuters.



FUEYO BROS, MANUEL (Director) , ÁLVAREZ GARCÍA, S.E, HERRERO GONZÁLEZ, E. Y OTROS: «Reglamento de control interno local. Función interventora, control financiero permanente y auditoría pública», 1ª edición.

MARTÍN REBOLLO, L: «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,(2009).

MARTÍNEZ- HELLÍN, J: «Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio», El Consultor de los Ayuntamientos nº 8/2019, Ed. Wolters Kluwer.

REBOLLO PUIG, M: «El enriquecimiento injusto de la Administración pública», Marcial Pons (1994).

TORRES MORATO, M.A.: «La contratación irregular en el sector público como supuesto de responsabilidad contable» Diario La Ley, Nº 9478, (2019), Wolters Kluwer.

