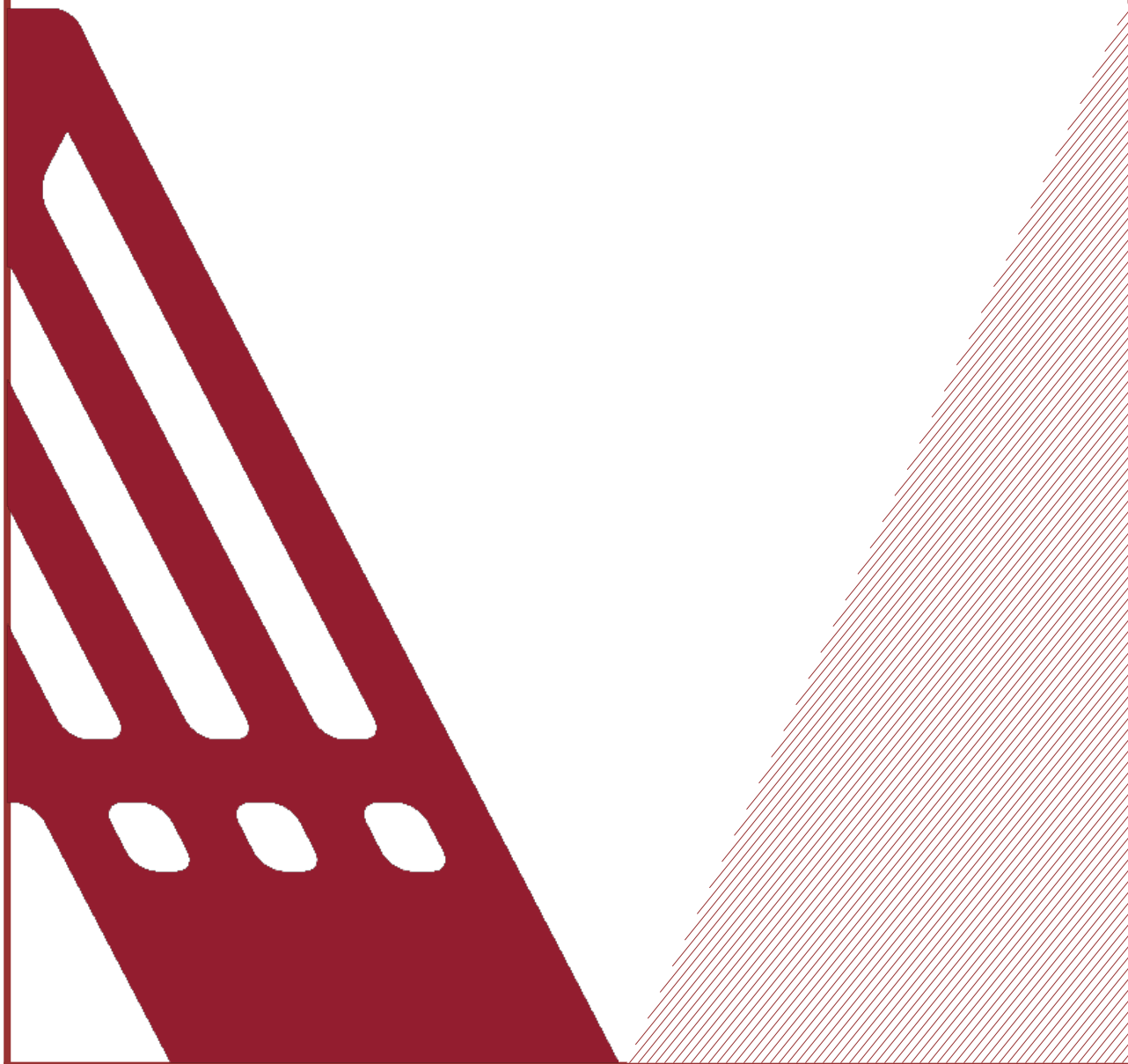


Recomanació general

Enriquiment injust

AGÈNCIA VALENCIANA ANTIFRAU

AGÈNCIA DE PREVENCIÓ I LLUITA CONTRA EL FRAU I LA CORRUPCIÓ DE LA COMUNITAT VALENCIANA



RECOMANACIÓ GENERAL

La via de l'enriquiment injust en el sector públic: ús o abús?

AGÈNCIA DE PREVENCIÓ I LLUITA CONTRA EL FRAU I LA
CORRUPCIÓ DE LA COMUNITAT VALENCIANA

València, 11 de maig de 2020

Maig de 2020

La versió digital d'aquest document està accessible en el lloc web: <https://www.antifraucv.es>

S'emet la present recomanació general, en compliment de les funcions atribuïdes a l'article 4.f) de la Llei 11/2016, de 28 de novembre, de la Generalitat, de l'Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraud i la corrupció de la Comunitat Valenciana consistents en assessorar i formular propostes i recomanacions en matèria d'integritat, ètica pública i prevenció de la corrupció en les entitats incloses en el seu àmbit d'actuació.



L'Agència

Ens trobem en:

C/ Navellos, 14-3 | 46003 València

96.278.74.50

<https://antifraucv.es>

Sol·licitud d'accés a la informació:

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

Servei de Previsió:

prevencio@antifraucv.es

Bústia de Denúncies:

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

Gabinet de comunicació:

gabinete@antifraucv.es

Xarxes socials:



Taula de continguts

1	Context de partida i objecte de la recomanació	6
1.1.	Context de partida	6
1.2.	Objecte de la recomanació	12
2	La via de l'enriquiment injust en el sector públic (I): estudi jurídic general	15
2.1.	Enriquiment injust i responsabilitat extracontractual: diferències irreconciliables	17
2.2.	Enriquiment injust com a subsidiari de les mesures compensatòries o de rescabament contingudes en la legislació sectorial: especial referència a l'àmbit contractual	18
2.3.	Enriquiment injust com a garantia de continuïtat d'un servei públic	19
2.4.	Enriquiment injust i revisió d'ofici: procedència i límits	21
2.5.	Sobre l'improcedent abonament "a petició" de qui executa la prestació	23
2.6.	Noves tendències doctrinals: el deure de restabliment de la legalitat com a deure de tutela restitutòria	24
3	La via de l'enriquiment injust en el sector públic (II): La necessària diferenciació entre el tractament econòmic de l'enriquiment injust i el procediment substantiu del qual porta causa	26
4	Riscos de frau i corrupció derivats de l'abús de l'enriquiment injust en les nostres institucions públiques. Especial atenció a la contractació del sector públic	32
5	Mecanismes de prevenció de l'enriquiment injust que eviten i/o minimitzen irregularitats constitutives de frau i corrupció	36
6	Responsabilitats d'autoritats i personal al servei de les administracions públiques així com d'entitats públiques o privades perceptores de diners públics	40
6.1.	Responsabilitat disciplinària	41
6.2.	Responsabilitat per infracció de la normativa de bon govern	42
6.3.	Responsabilitat comptable	43
6.4.	Responsabilitat penal	44
7	Conclusions	47
8	Recomanacions	50
9	Bibliografia de consulta	54



01

Context de partida i objecte de la recomanació

1.1. CONTEXT DE PARTIDA

Les administracions públiques territorials i el seu sector públic instrumental en general, i les de la nostra Comunitat Valenciana en particular, han experimentat en els últims anys un creixement exponencial dels mediàtics expedients compensatoris per enriquiment injust, normalitzant així elevadíssimes compensacions econòmiques als qui realitzen prestacions per a les Administracions per encàrrec d'aquestes, però sense causa legal, per a evitar el seu empobriment patrimonial i el correlatiu enriquiment de l'Administració.

D'acord amb l'«Informe de fiscalització de l'Administració de la Generalitat. Exercici 2017» de la Sindicatura de Comptes, durant aquest exercici es van aprovar 339 expedients de rescabament per enriquiment injust (d'ara endavant REI), per un import de 1.115,50 milions d'euros. Aquests expedients s'aproven per Resolució del Conseller corresponent, prèvia autorització del Consell, sense fiscalització prèvia de la Intervenció General: la despesa s'aprova prèvia resolució de l'omissió de fiscalització, sobre la base del procediment de l'article 106 de la Llei 1/2015, de 6 de febrer, d'Hisenda Pública, del Sector Públic Instrumental i de Subvencions, de la Generalitat Valenciana (d'ara endavant, LHPGV).

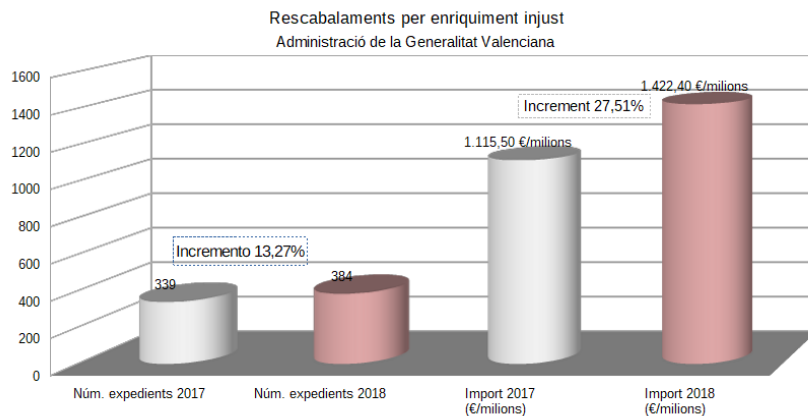


D'aquesta despesa, un 86,3% (959,70 milions d'euros) correspon a la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública i el 13,97% restant a les altres conselleries, especialment, a la d'Igualtat i Polítiques Inclusives (104,10 milions d'euros), a la d'Hisenda i Model Econòmic (33,30 milions d'euros) i a la de Justícia, Interior i Administracions Públiques (9,20 milions d'euros).

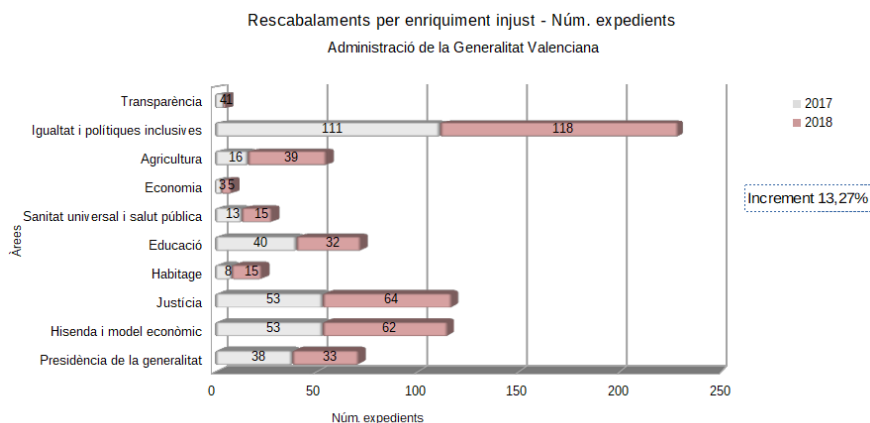
Si examinem exercicis posteriors, constatem que el recurs al REI es consolida com a pràctica generalitzada en l'Administració de la Generalitat, incrementant-se tant els expedients tramitats com la seua quantia. Segons es dedueix de les dades extretes de l'«Informe de fiscalització del compte de la Administració de la Generalitat. Exercici 2018», durant aquest exercici es van aprovar 384 expedients de REI per un import de 1.422,40 milions d'euros.

D'aquesta despesa, un 92,77% (1.319,6 milions d'euros) correspon a la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública i el 9,33% restant de les altres conselleries, especialment, a la d'Igualtat i Polítiques Inclusives (72,20 milions d'euros), a la d'Hisenda i Model Econòmic (15,30 milions d'euros) i a la de Justícia, Interior i Administracions Públiques (8,40 milions d'euros).

A partir de tots dos informes, hem elaborat diversos gràfics que permeten visualitzar les dades, com a context de partida d'aquesta recomanació:

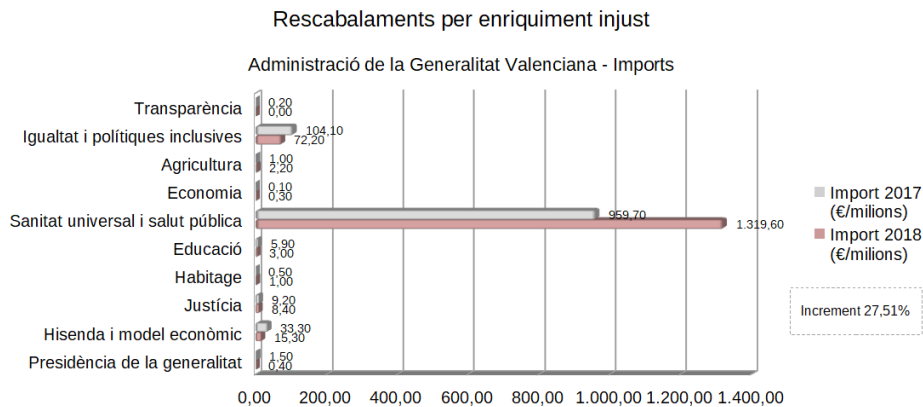


Gràfic 1: Comparativa nre. expedients i despeses (milions €) per rescabaments - Totals 2017-2018



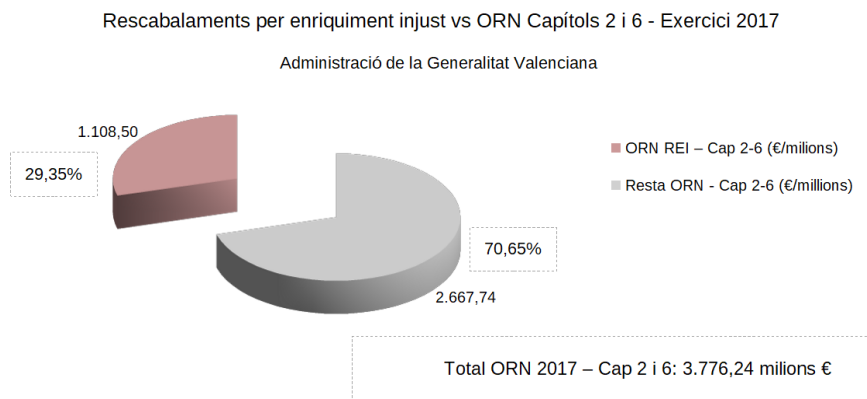
Gràfic 2: Comparativa nre. expedients de rescabaments per Conselleries 2017-2018





Gràfic 3: Comparativa d'imports de despeses per rescabaments 2017-2018 per Conselleries

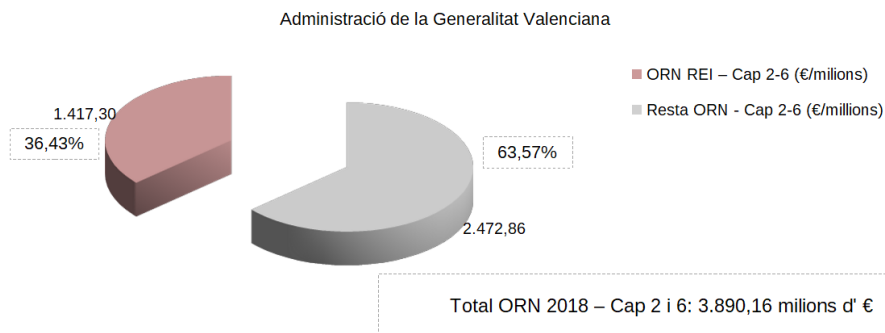
Basant-nos en les dades contingudes en els informes de la Sindicatura de Comptes, podem concloure que les despeses derivades de REI's aprovats per la Generalitat Valenciana durant l'exercici 2017 i 2018 (1.115,50 i 1.422,40 milions d'euros, respectivament), suposen un 6,05% i un 6,87% de les obligacions reconegudes netes (en endavant ORN) dels seus pressupostos de despeses de 2017 i 2018, respectivament¹. A més a més, del total d'ORN, es corresponen amb despeses del capítol 2 i 62 del pressupost de despeses 3.776,24 milions d'euros (exercici 2017) i 3.890,16 milions d'euros (exercici 2018), la qual cosa suposa que s'han derivat d'un enriquiment injust el 29,35% d'aquestes ORN per a l'exercici 2017 i el 36,43% per al pressupost de l'exercici 2018, tal com es mostra en els gràfics següents:



Gràfic 4: Comparatiu import d'obligacions reconegudes netes (ORN) dels capítols 2 i 6 derivades de rescabaments per enriquiment injust, amb el total d'obligacions reconegudes netes per capítols 2 i 6 del pressupost de despeses de la GVA 2017

¹ ORN Pressupost exercici 2017: 18.436,59 milions d'euros
ORN Pressupost exercici 2018: 20.709,26 milions d'euros

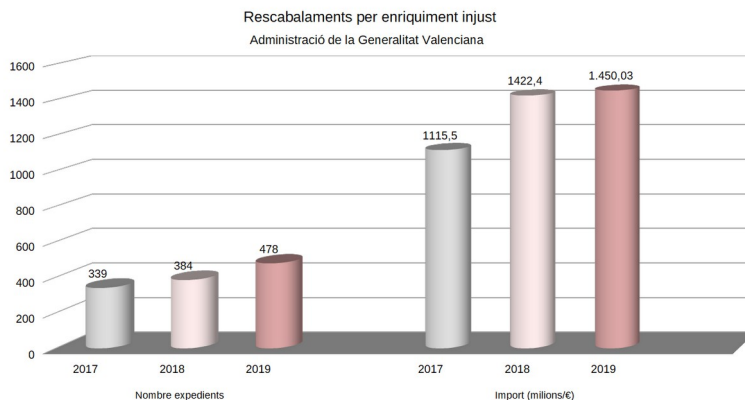
Rescabalaments per enriquiment injust vs ORN Capítols 2 i 6 - Exercici 2018



Gràfic 5: Comparatiu import d'obligacions reconegudes netes (ORN) dels capítols 2 i 6 derivades de rescabaments per enriquiment injust, amb el total d'obligacions reconegudes netes per capítols 2 i 6 del pressupost de despeses de la GVA 2018

Aquesta tendència es confirma amb els imports dels expedients de REI autoritzats pel Consell durant l'exercici 2019, segons les dades extretes de les actes publicades en el portal de transparència de la Generalitat Valenciana², en les quals es recullen tots els expedients de REI, no sols els corresponents a despeses d'exercicis tancats (que són els que es publiquen en el DOGV³), sinó també els corresponents a despeses d'exercicis corrents.

D'aquesta manera, comparant les dades d'expedients de REI recollits en els esmentats informes de la Sindicatura de Comptes relatius als exercicis 2017 i 2018 i les dades extretes del portal de transparència relatius a l'exercici 2019, s'evidencia l'esmentada tendència creixent de REI, i es constata l'increment tant del nombre d'expedients com del seu import:



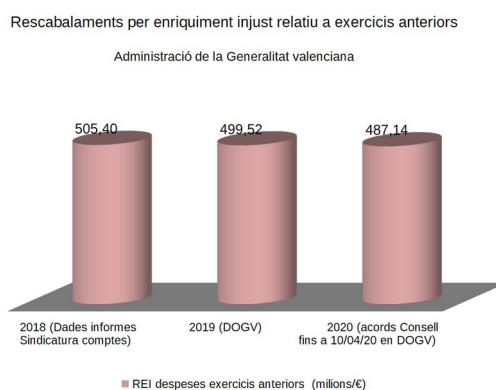
Gràfic 6: Comparatiu nombre expedientes y despeses (milions d'euros) per REI - Totals 2017-2018

2 Actes publicades en el portal de transparència de la GVA fins a data 30/04/2020. <http://www.gvaoberta.gva.es/es/actes>], si bé les actes no consten signades.

3 Segons article 39.5 *in fine* de la Llei 1/2015, de 6 de febrer, d'Hisenda Pública, del Sector Públic Instrumental i de Subvencions: "En el cas que fora necessari imputar al pressupost corrent obligacions d'exercicis anteriors que no es troben compreses en els supòsits previstos en els paràgrafs anteriors, aquesta imputació procedirà a tramitar-se d'acord amb el que es disposa en l'article 106 d'aquesta llei, devent a més, ser publicada en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana en el termini màxim de deu dies".

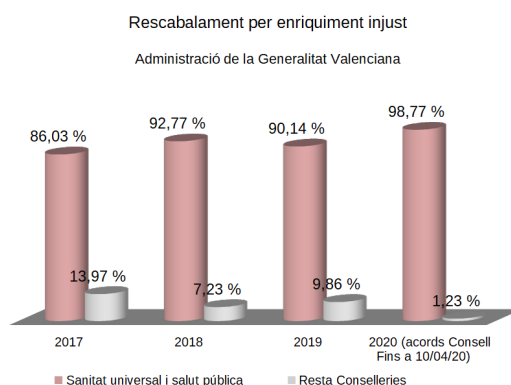
En conseqüència, no es publiquen en el DOGV tots els acords d'autorització d'expedients de rescabament per enriquiment injust (REI), sinó únicament aquells que comporten despeses a imputar d'exercicis anteriors (tancats).

D'altra banda, fins al 10 d'abril de 2020 consten publicats en el portal de transparència de la Generalitat Valenciana⁴¹ 47 acords del Consell de l'exercici 2020, autoritzant l'aprovació d'expedients de REI de diferents conselleries, que inclouen despeses d'exercicis tancats, per import de 489,61 milions d'euros, la qual cosa suposa, un 33,77% del total de REI de l'exercici 2019 i un 97,52% % dels autoritzats en 2019 corresponents a exercicis tancats, la qual cosa corrobora la tendència a l'alça d'aquesta mena d'expedients.



Gràfic 7: Comparativa d'importos de despeses derivades de REI's corresponents a exercicis tancats

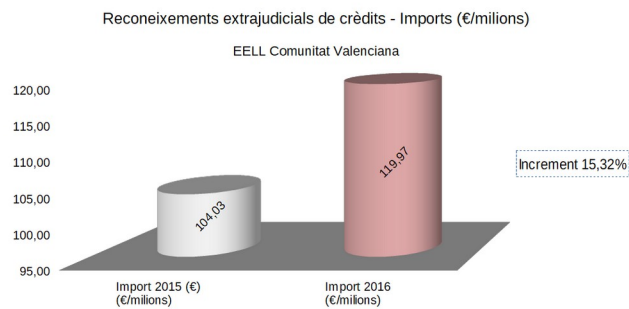
De les despeses derivades d'expedients de REI autoritzats el 2019 i el 2020 (fins a 10/04/2020), destaca que més del 90% corresponen a despeses de la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública, la qual cosa reafirma la inclinació dels exercicis anteriors. Com a mostra de la seua rellevància, atesa la seua elevada quantia, citem ací l'Acord del Consell de 27 de març de 2020 (DOCV núm. 8777, de 31/03/2020), autoritzant l'aprovació per la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de l'expedient de REI 01/2020 per obligacions concretes com a conseqüència dels serveis i subministraments prestats en els diferents departaments de salut i centres de gestió entre 2016 i 2019, per import de 481.206.143,19€ (IVA inclòs), autoritzant-se la seua imputació en el pressupost 2020.



Gràfic 8: Comparativa (en percentatge) dels importos d'expedients de REI, entre la Conselleria de sanitat universal i salut pública i la resta de conselleries (actes del Consell fins a 10/04/20, publicades en el portal de transparència fins a 30/04/2020)

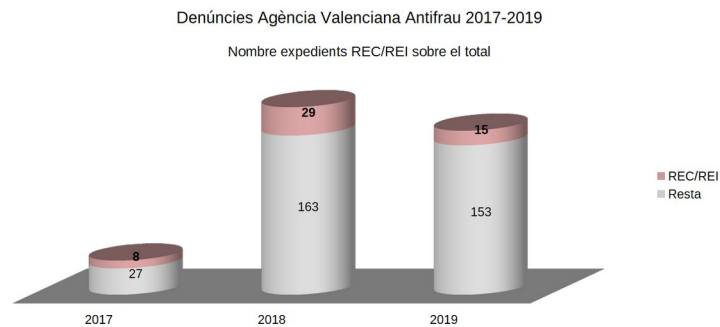
4 <http://www.gvaoberta.gva.es/es/actes>

Pel que fa als ens locals, l'informe de fiscalització de la Sindicatura de Comptes "Informe de fiscalització sobre les obligacions pendents d'aplicar a pressupost, informes i objeccions de la intervenció i acords de les entitats locals contraris als informes de secretaria. Exercici 2016", recull les dades dels reconeixements extrajudicials de crèdit (d'ara endavant, REC) de les entitats locals de la Comunitat Valenciana tramitats durant l'exercici 2015 i 2016. En el gràfic següent es mostra l'increment del 15,32% en l'import d'aquestes despeses:



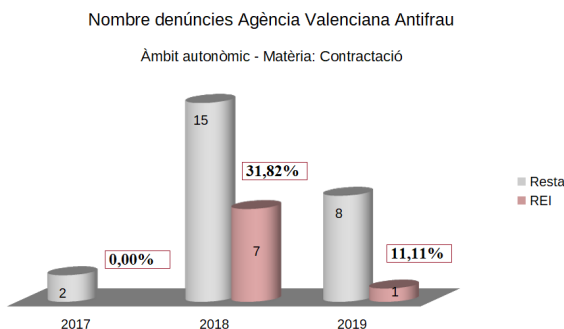
Gràfic 9: Comparatiu import de despeses per REC EELL 2015-2016

Finalment, de l'anàlisi de dades sobre les denúncies que han tingut entrada en l'Agència Valenciana Antifrau entre els exercicis 2017 i 2019 s'extrau que, del total de 395 denúncies, un 13,16% (52 denúncies) inclouen obligacions reconegudes mitjançant REC o REI, amb el detall següent:

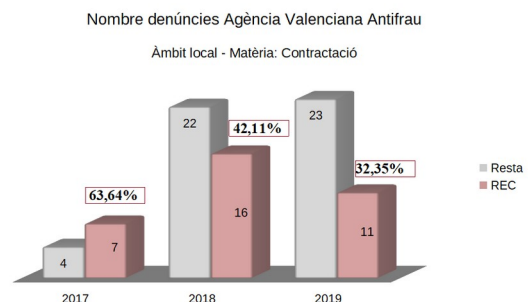


Gràfic 10: Comparativa per exercicis, del nombre de denúncies presentades davant la Agència Valenciana Antifrau, distingint les que inclouen REC/REI de la resta

Del total de denúncies presentades a l'Agència Valenciana Antifrau, el 29,37% (116 denúncies), es corresponen amb matèries relacionades amb la contractació del sector públic. Dins d'aquestes, un 36,21% inclouen REC o REI. S'adjunten dos gràfics amb el percentatge que representen els REC/REI en matèria de contractació, per àmbits:



Gràfic 11: Comparativa per exercicis, del nombre de denúncies presentades davant l'Agència Valenciana Antifrau, relatives al sector públic autonòmic, distingint les que inclouen REI de la resta



Gràfic 12: Comparativa per exercicis, del nombre de denúncies presentades davant l'Agència Valenciana Antifrau, relatives al sector públic local, distingint les que inclouen REC de la resta



1.2. OBJECTE DE LA RECOMANACIÓ

Les dades exposades per a determinar el context d'inici d'aquesta recomanació indiquen que el caràcter subsidiari i excepcional que, per naturalesa, ha de tindre l'acció d'enriquiment, no es compleix. Aquesta figura ha passat de ser "d'ús excepcional" a una pràctica habitual del funcionament de les nostres institucions públiques, això és "d'abús general".

En àmbits com la contractació del sector públic, l'ús abusiu de l'enriquiment injust "normalitza" la fugida de la legítima condició de contractista pels conductes legals (procediments de licitació amb publicitat i concurrència competitiva), i obri la porta als conflictes d'interessos en "legitimar" pagaments per encàrrec al marge d'aquests procediments legals, en col·lisió frontal amb els principis generals de la Unió Europea d'igualtat, transparència i lliure concurrència, així com amb les regles que protegeixen la lliure competència en el normal funcionament dels mercats. Al seu torn, l'abús d'aquesta via impedeix o dificulta en gran manera el control de l'execució de la prestació, ja que en aquests casos no hi haurà un responsable del contracte encarregat de verificar el compliment del contracte i de proposar mesures davant el seu incompliment (imposició de penalitats i fins i tot proposada de resolució contractual) i, com veurem, en molts casos tan sols existirà una comprovació formal de la inversió però no material de l'acomodament real de l'encàrrec a les necessitats de l'Administració i a satisfacció d'aquesta.

Totes aquestes circumstàncies revelen que estem davant un focus important de riscos de frau i de corrupció en molts àmbits públics, especialment, però no en exclusiva, en el sector de contractació. En efecte, l'Informe de Fiscalització del Tribunal de Comptes sobre els acords i resolucions contraris a objeccions formulades pels interventors locals, exercici 2015 (BOE 20 de juny de 2018), va concloure que *"les infraccions que concentren major nombre d'acords contraris a objeccions i per import més significatiu, es van centrar en l'execució de despeses de naturalesa contractual al marge d'un expedient, bé per expiració del termini del contracte, bé per la pròrroga tàcita dels contractes previs"*.

Així mateix, cal destacar la presumible pèrdua econòmica que l'ús abusiu de l'enriquiment injust pot ocasionar. El perjudici que per a les arques públiques suposen els encàrrecs de prestacions sense concurrència competitiva i, per tant, sense que existisca una comparativa de preus que permeten equiparar el seu preu al seu just valor de mercat, posen en dubte els principis de necessitat, eficàcia, eficiència i economia que, entre altres, han de guiar la despesa pública. En aquest sentit, la CNMC (Comissió Nacional de Mercats i de la Competència) ha assenyalat en diverses ocasions que l'absència de pressió concurrencial produeix desviacions a l'alça del 25% del pressupost de contractació pública la qual cosa, en el cas d'Espanya, es tradueix en fins a un 4,6% anual, això és, uns 47.500 milions d'euros anuals.

Tot això és d'especial transcendència en el vigent context d'excepcionalitat, que podria propiciar donar carta de naturalesa i validar aquest abús general de l'enriquiment injust, sent també precís recordar la importància de la necessària justificació, transparència i control de les contractacions d'emergència



que s'estan duent a terme en el si de les entitats públiques per a atendre diferents necessitats durant l'estat d'alarma declarat per a mitigar la crisi del COVID-19. És important evitar la "generalització" d'aquesta mena d'adjudicacions directes més enllà de l'estrictament requerit en l'estat de necessitat col·lectiva, ja que quan s'acudeix a fórmules al marge de la concurrència i, per tant, sovint pagant preus molt superiors als de mercat, es lleven recursos públics de la seua destinació per excel·lència: la satisfacció dels interessos generals de cada administració, en funció de les seues necessitats planificades dins del seu àmbit competencial.

És per això que, en el marc de les competències d'assessorament i formulació de recomanacions en matèria d'integritat, ètica pública i prevenció de la corrupció, creiem que és necessari emetre aquesta recomanació i dirigir-la a totes les entitats incloses en el nostre àmbit subjectiu, amb la voluntat d'evidenciar el fenomen per a prendre'n consciència i formular possibles mesures que el reconduïsquen a l'excepcionalitat que, per naturalesa, li correspon.

Un punt de partida per a iniciar l'estudi és constatar que, ara com ara, el problema es reconduïx a l'expedient econòmic de "rescabament per enriquiment injust" (REI, en cas de l'administració autonòmica) o "reconeixement extrajudicial de crèdits" (REC, en cas de l'administració local), generalitzant-se així com a solució de rescabament de pagaments una figura que advoca, insistim, per l'excepcionalitat.

En aquest sentit, considerem que posar el focus en la causa legal del fons de l'assumpte que genera l'incompliment, això és, en la qüestió jurídic material que origina l'enriquiment injust, buscant solucions (o creant-les) en aquest àmbit, pot ajudar a posar fre al fenomen. Tot i que inicialment pot entendre's que aquestes solucions són més oneroses que el mer reconeixement extrajudicial de crèdit, considerem que l'«ús abusiu» d'aquesta figura exigeix reconduir aquesta pràctica atenent també, al marc normatiu substantiu d'aplicació, per imperatiu del principi de legalitat.

És aquest un enfocament d'estudi, entre altres possibles que tinguin en compte altres causes i disciplines que també determinen la normalització de l'acció de l'enriquiment injust, com són aquelles vinculades al finançament autonòmic i local o a les qüestions organitzatives, a les quals de forma més transversal també ens referirem. És, com hem afirmat, un punt de partida.

En primer lloc, sintetitzarem la naturalesa i principals característiques de la figura des del punt de vista jurídic i global, partint de la jurisprudència i de les diverses corrents doctrinals.

En segon lloc, incidirem en la necessitat de diferenciar entre l'expedient econòmic de REI (autonòmic) o de REC (local) i el procediment substantiu del qual porta causa, en el marc del qual es va produir un enriquiment injust conseqüència d'una actuació administrativa no ajustada a Dret, i de posar fre a la pràctica de no depurar aquesta actuació realitzada amb vulneració de l'ordenament jurídic i dels principis generals del Dret.



En tercer lloc, analitzarem succintament i sense perjudici de posteriors estudis i anàlisis específiques, els riscos de frau i corrupció en els àmbits sectorials més afectats per l'ús abusiu de la via de l'enriquiment injust en les nostres institucions públiques.

En quart lloc, enunciarem possibles mecanismes de prevenció de l'enriquiment injust que eviten i/o minimitzen irregularitats constitutives de frau i corrupció.

En cinquè lloc, tractarem les possibles responsabilitats en què incorreran aquelles autoritats i personal al servei de les administracions públiques que ordenen l'execució per un tercer d'una prestació al marge de la Llei i, com l'altra cara de la mateixa moneda, la necessària consideració de la responsabilitat d'aquelles entitats públiques o privades que han executat la prestació sabent que, en fer-ho, estaven vulnerant l'ordenament jurídic o desviant l'interès públic de l'Administració a favor dels seus interessos particulars.

Finalment, sintetitzem les conclusions més rellevants i formulem un conjunt de recomanacions que deriven d'aquest estudi.

Aquest estudi, com ja hem afirmat posa el focus en la qüestió de fons jurídic material (l'ordre donada per l'Administració a un particular perquè execute una prestació al marge dels procediments legals oportuns) i no sols en el final del procés, quan, una vegada executada la prestació, s'articula un mecanisme que, de forma generalitzada en la pràctica, permet el pagament de la mateixa per a evitar l'enriquiment de l'administració, posant en dubte el sotmetiment de l'Administració a la Llei i al Dret i desnaturalitzant la molt excepcional previsió d'aquesta figura.

Altres enfocaments són possibles i necessaris d'abordar. Servisquen aquestes reflexions com a punt de partida i invitació a l'imprescindible debat amb els òrgans de control i/o encarregats de la legalitat del sector públic i la doctrina especialitzada, entre altres, per a articular solucions que ens permeten reconduir a la seua excepcionalitat la controvertida figura de l'enriquiment injust.



02

La via de l'enriquiment injust en el sector públic (I): estudi jurídic general

En aquest apartat pretenem sintetitzar la naturalesa jurídica i els principals caràcters de la figura partint de la jurisprudència i de les diverses corrents doctrinals.

Podem definir “enriquiment injust” com una figura de rescabament de creació jurisprudencial, que ha cristal·litzat en el principi general del dret informador de l'ordenament jurídic que prohibeix l'enriquiment injust, i en l'acció concreta (*actio rem in verso*) que, en seu contenciós-administrativa, empara el rescabament que emana d'aquest.

En l'àmbit de les administracions públiques i el seu sector públic instrumental, la via de l'enriquiment injust aconsegueix una importància extraordinària: es configura com l'origen de la seua obligació de pagament quan concorren els requisits de la doctrina jurisprudencial.

Cap precepte legal de l'ordenament jurídic espanyol conté una regulació de l'enriquiment injust, a diferència d'altres ordenaments com l'alemany que el regula en l'article 812 del seu codi civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*), consagrant expressament l'obligació de restituir per a qui per prestació d'un altre, o d'una altra manera a costa d'aquest, s'enriqueix sense causa. Per part seua, la jurisprudència de la Unió Europea (per totes, STJUE de 9/12/2010- assumpte C-568/08) estableix el deure de rescabament de l'Administració quan concorren els requisits generals de la



responsabilitat per incompliment, en el marc dels principis europeus d'equivalència i efectivitat; com la prèvia constatació d'una actuació que ha de ser "sancionada".

A diferència d'això, la jurisprudència espanyola ho ha anat definint partint del dret civil regulador del "quasicontracte" (art. 1888 del Codi Civil) i, en particular, per a permetre la compensació econòmica i l'equilibri patrimonial per i en la "gestió de negocis aliens". En concret, la jurisprudència majoritària ha optat per conferir a l'enriquiment injust el caràcter de font autònoma d'obligacions, que, en la seua concepció civilista, *"naixen no sols dels contractes, sinó de la llei, dels contractes, dels quasicontractes i dels actes i omissions il·lícites"*, afavorint la seua aplicació un criteri espiritualista basat en el principi general de bona fe en el compliment de les obligacions.

La construcció jurisprudencial de l'enriquiment injust com a font autònoma d'obligacions ha anat virant cap al dret administratiu, buscant el resultat de justícia i equitat material en les relacions amb l'Administració, sempre que concórreguen els següents requisits, que condicionen l'èxit de l'acció:

1. La realització efectiva d'una prestació que provoque un increment patrimonial de qualsevol classe a l'Administració que manque de raó jurídica que el fonamente.
2. Que es provoque un correlatiu empobriment de qui realitza la prestació, és a dir, que s'obtinga a costa d'aquell.
3. L'existència d'una relació causal entre l'empobriment i l'enriquiment.
4. Que no existisca un precepte legal que excloga l'aplicació d'aquest principi.
5. Que la prestació s'haja realitzat com a conseqüència de les ordres rebudes de l'Administració.
6. Que les ordres vinguen d'una persona o òrgan amb aparent capacitat de vincular a l'Administració titular de la prestació.
7. Que no existisca mala fe per l'executant de la prestació.

Ara bé, volem destacar des d'ara dues idees força que han de tenir-se presents en tot moment:

- a) L'aplicació de l'enriquiment injust a l'àmbit públic ha de ser matisada donades les singularitats pròpies de les relacions jurídic-administratives i les especialitats inherents al concret exercici de potestats administratives;
- b) L'acció d'enriquiment injust té caràcter subsidiari.

A continuació, passem a sistematitzar bona part de la doctrina (especialment en l'àmbit de contractació però extrapolable a altres àmbits materials com ara el de subvencions, urbanisme o funció pública), sobre la figura que analitzem, intercalant les nostres pròpies reflexions sobre aquest tema.



2.1. ENRIQUIMENT INJUST I RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL: DIFERÈNCIES IRRECONCILIABLES

Ha d'advertir-se d'inici que en aquest punt tant la doctrina com la jurisprudència estan dividides.

D'un costat, alguns autors administrativistes (García de Enterría i Tomás Ramón Fernández, entre altres) inclouen l'enriquiment injust com un dels títols d'imputació de la responsabilitat patrimonial. El Consell d'Estat en alguns dels seus dictàmens (18 de gener de 2001) també va admetre la possibilitat d'abonar al contractista els treballs efectivament executats, en absència de contracte, prèvia la tramitació del procediment de responsabilitat patrimonial, assimilant la responsabilitat extracontractual a l'enriquiment injust.

D'un altre costat, el mateix Consell d'Estat, en dictàmens com el de 30 d'octubre de 2003 va concloure que l'enriquiment injust i la responsabilitat patrimonial són institucions diferents, *"perquè per a això és necessari que existisca una lesió indemnitzable imputable a l'Administració, el primer requisit de la qual és l'antijuridicitat del mal relacionat amb l'actuació administrativa..."*. Així mateix, l'institut jurídic de la responsabilitat objectiva de l'Administració es configura com una via de rescabament que només és possible davant l'absència d'una altra d'índole específica, *sense que pugui ser interpretada com a institut de cobertura de qualsevol pretensió indemnitzatòria* (Dictamen del Consell d'Estat de 5 de desembre de 1990, núm. 54.319). El propi Tribunal Suprem, va entendre que: *"L'acció d'enriquiment injust es considera com a font d'obligacions, connectada amb la figura dels quasicontractes i diferenciada de l'acció de responsabilitat per danys, i que precisament per ser diferent i autònoma de l'acció de responsabilitat patrimonial, el seu exercici no està sotmès al termini prescriptiu d'un any"* (STS 12 de desembre de 2012).

Així doncs, les diferències entre una o l'altra postura són irreconciliables, d'entendre que l'enriquiment injust se subsumeix en la responsabilitat objectiva, la reclamació del primer passaria pels tràmits de la segona, previstos en les Lleis 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (LPAC) i Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del Règim Jurídic del Sector Públic (LRJSP), i qui realitzara la prestació tindria un termini d'un any per a reclamar el pagament de la factura per prestacions sense cobertura contractual. No obstant això, la jurisprudència ha vingut oscil·lant entre les sentències que han aplicat com a termini d'exercici de l'acció d'enriquiment injust el general de les accions personals previst en l'article 1964 del Codi Civil (5 anys) i aquelles altres que han aplicat el termini de 4 anys previst en la normativa pressupostària.

A més a més, la indemnització de rescabament derivada d'una reclamació incardinada en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual, s'estendria a la reparació integral del mal, mentre que en l'enriquiment injust l'obligació de restitució no pot excedir del benefici obtingut per l'enriquit, que opera com a límit.



En conseqüència, podem concloure que la figura de l'enriquiment injust queda configurada com a font d'obligacions aliena a la institució de la responsabilitat patrimonial, per la qual cosa no caldrà subjectar la "actio rem in verso" en els pressupostos, terminis i muntant indemnitzatori de la responsabilitat objectiva, perquè això suposaria la configuració d'aquesta última com una sort de garant de la responsabilitat universal i adulteraria al temps la finalitat de rescabament pretesa amb el principi general de prohibició d'enriquiment injust, limitada al correlatiu empobriment de l'executant de l'encàrrec de l'Administració.

2.2. ENRIQUIMENT INJUST COM A SUBSIDIARI DE LES MESURES COMPENSATÒRIES O DE RESCABAMENT CONTINGUDES EN LA LEGISLACIÓ SECTORIAL: ESPECIAL REFERÈNCIA A L'ÀMBIT CONTRACTUAL

Una de les principals situacions que observem i que considerem propicien l'abús de l'enriquiment injust, és que els operadors jurídics ometen l'existència de solucions legals *ad hoc* que exclouen l'aplicació d'aquest principi, en la mesura en què preveuen expressament la compensació o rescabament per treballs realitzats en favor de l'Administració.

Per exemple, l'article 42 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (LCSP) nua entre les conseqüències de la invalidesa del contracte la de la seua liquidació, així com la restitució de les coses que les parts hagueren intercanviat. De no ser possible la restitució, l'Administració abonarà, en el seu cas, la contraprestació deguda pels treballs realitzats (en la part del preu que corresponga). El propi Consell d'Estat ha variat la seua doctrina inicial sobre aquest particular (anteriorment oposada), que compartim, afirmant en el seu Dictamen de 21/12/2011, en relació amb una contractació verbal: "(...) A partir de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, s'ha instituit una via precisa i adequada per a aconseguir els mateixos efectes; article 35.1, que clarament subsumeix la reclamació objecte del present expedient en la responsabilitat contractual (...) Res impedeix acumular l'acció de nul·litat a la compensació o indemnització de l'article 35 LCSP (sense invocar l'enriquiment injust com a principi general del dret...) per a tramitar simultàniament la revisió d'ofici de l'adjudicació del contracte amb la compensació pels treballs realitzats".

Ens hem centrat en contractació però el mateix podria predicar-se per a compensar altres situacions que podrien tindre cabuda en la via de l'enriquiment injust en altres matèries, com per exemple: subvencions atorgades sense seguir el procediment previst (premis, etc) la depuració dels quals es preveu en la pròpia legislació sectorial estatal i autonòmica; productivitats o un altre tipus de remuneracions pagades al personal al servei de l'Administració sense seguir el procediment establert, estant prevista la compensació en la legislació; o expropiacions per via de fet, que haurien de rescabalar-se en el marc i pels procediments que estableix la pròpia normativa sectorial.

En definitiva, des d'aquesta Agència Valenciana Antifrau sostenim que, en moltes ocasions, aplicant els procediments legalment previstos per a compensar o rescabalar treballs realitzats per un particular en profit d'una Administració, es posaria fre a l'abús del remei subsidiari de l'enriquiment injust, al mateix



temps que l'Administració compliria amb el seu mandat constitucional més urgent: sotmetre totes les seues actuacions a la Llei i al Dret.

2.3. ENRIQUIMENT INJUST COM A GARANTIA DE CONTINUÏTAT D'UN SERVEI PÚBLIC

L'enriquiment injust com a garantia de continuïtat d'un servei públic és una constant dels acords contraris a objeccions de la intervenció que així ho mereix.

En efecte, no són poques les Administracions que, ponderant el deure de restablir la legalitat i la necessitat d'obtindre les prestacions derivades del contracte (garantia del servei públic), mantenen els seus efectes una vegada expirats els terminis de durada (i pròrrogues d'aquell), pel temps indispensable fins a la formalització del nou contracte que es licite.

Així, sostenint un criteri (normalment "reparat" pels òrgans de control intern), determinades entitats locals justifiquen acords de la continuïtat de la prestació de determinats serveis de la seua competència, alguns per ser de prestació obligatòria (arts. 26 i següents de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local, això és, per la pròpia obligatorietat de prestar-los) i, molt especialment, en aquells serveis de caràcter essencial per a la ciutadania, tot això per a evitar un perjudici a l'interès general.

S'interpreta per aquestes entitats locals que, en aquests casos, no es tracta d'un contracte sinó d'una categoria jurídica diferent i excepcional; de la continuïtat del servei o de la prestació, determinant-se les prestacions i el preu en les mateixes condicions que en el contracte vençut mentre es tramita l'oportuna solució contractual. Tesi que es fonamenta, per exemple, en l'Informe 4/2016, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Canàries:

"Aquest acord excedeix de la contractació pública i s'atorga amb base en la legislació de règim local.... Els ens locals tenen atribuïda la competència en matèria de conservació i manteniment d'edificis de titularitat local destinats a centres educatius (252n) així com l'obligació de garantir un ambient de treball adequat als seus empleats, la qual cosa implica el deure de neteja dels seus edificis. Competències, totes elles irrenunciables d'acord amb el preceptuat en l'art. 12.1 Llei 30/98 ".

Tanmateix, això planteja seriosos problemes en produir-se un buit en la cobertura de la necessitat pública pel conducte legalment previst. És cert que l'article 42.3 LCSP estableix que en qualsevol contracte del sector públic, si la declaració de nul·litat produïra un greu trastorn al servei públic, es pot disposar la continuïtat dels efectes del contracte fins que s'adopten mesures urgents per a evitar el perjudici, però no ho és menys que es tracta d'una mesura molt excepcional, nuada a la nul·litat i no a la "pròrroga *de facto*" d'un contracte.



És més, com a novetat, la vigent LCSP preveu a l'article 29.4 *la pròrroga legal d'un contracte quan al seu venciment no s'haguera formalitzat el nou per a garantir la continuïtat de la prestació*. Ara bé, el desajustament entre l'extinció d'un contracte i la formalització d'un altre nou ha de deure's a *"incidències resultants d'esdeveniments imprevisibles per a l'òrgan de contractació produïdes en el procediment d'adjudicació"*. A més a més, *han d'existir raons d'interès públic per a no interrompre la prestació*. I, tot això, amb un límit temporal de nou mesos de pròrroga legal, sense que es modifiquen les condicions del contracte i sempre que l'anunci de licitació del nou contracte s'haguera publicat tres mesos abans de la finalització de l'originari.

El propi Informe 4/2016, de la JCCA Canàries al·ludit de manera recurrent pels qui defensen l'acord de continuïtat de la prestació al marge de les solucions contractuals partia que llavors la legislació de contractes no contenia previsió alguna similar a la que ja existeix en l'article 29.4 LCSP. Es reproduïx el seu tenor literal:

"Conseqüentment, pot concloure's que la legislació de contractació pública no conté cap regulació que siga directament aplicable a aquest cas. Per aquest motiu resulte justificat acudir a altres fórmules derivades del dret civil, o de la legislació de règim local per a aconseguir una solució al problema. Podria acudir-se a diferents figures legals que són analitzades al llarg del present informe com la incidència en l'execució, la celebració d'un contracte menor- que planteja el problema de la limitació de la quantia i la impossibilitat legal de concatenació de diversos contractes d'aquesta tipologia; d'una tramitació d'urgència, la determinació de l'existència d'una pròrroga forçosa per tàcita reconducció- que compta així mateix amb l'objecció jurisprudencial de l'existència de "pròrrogues tàcites" o, finalment, l'adopció d'un acord de continuació del servei, el qual, eludeix l'aparença de frau que ofereixen altres solucions i exigiria un acord que ha d'adoptar-se de forma motivada abans que el contracte s'extingisca; a més, que la durada de la seua vigència ha de ser proporcionada a la seua necessitat".

Per tant, hui dia, tot acord de continuïtat dels serveis públics aliè als conductes legals previstos en la normativa contractual per als supòsits molt excepcionals que hem apuntat (nuats a la nul·litat o a la nova previsió de l'art. 29.4 LCSP) accionaria el mecanisme de l'enriquiment injust, contribuint a la seua generalització, en contra de la seua naturalesa excepcional. Així doncs, a criteri de l'Agència Valenciana Antifrau, ha de frenar-se aquesta pràctica recurrent institucional que adúltera elements tan essencials d'un contracte com la seua durada.



2.4. ENRIQUIMENT INJUST I REVISIÓ D'OFICI: PROCEDÈNCIA I LÍMITS

A la pràctica, la major part d'actes o actuacions viciades de nul·litat de ple dret en l'àmbit material de l'enriquiment injust no són depurades de l'ordenament jurídic via revisió, limitant-se el legislador i els aplicadors del Dret a articular un procediment *ad hoc* de convalidació de la inexistència de crèdit per a pagar les factures sense suport legal o contractual mitjançant un mer acord de REC o REI que, en la Comunitat Valenciana, suposa convalidar i permet realitzar el pagament.

La revisió d'ofici dels actes incursos en causa de nul·litat de ple dret, regulada en l'article 106 de la LPAC, en general, exigeix un doble requisit: *i*) que l'acte a revisar siga nul de ple dret (art. 47.1); *ii*) que s'haja recaptat dictamen previ del Consell Jurídic Consultiu i que aquest tinga sentit favorable.

La *doctrina majoritària* més actual del conjunt d'òrgans consultius es mostra favorable a la revisió d'ofici de l'acte que motiva l'execució de la prestació objecte d'enriquiment injust incursa en causa de nul·litat de ple dret.

Per la seua claredat, reproduïm parcialment el Dictamen de 21 de març de 2019 de la Comissió Jurídica Assessora de la Comunitat de Madrid:

“CINQUENA (...) En l'àmbit de la contractació administrativa, la legislació és especialment rigorosa en exigir el compliment dels tràmits relatius a la preparació i adjudicació dels contractes, en garantia no sols de l'interès públic, sinó també del respecte a principis tan essencials en aquest àmbit d'actuació administrativa com són els de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors (art. 1 LCSP-2017) (...) Així doncs, al no haver-se tramitat el procediment legalment establert per a la contractació del servei mèdic d'urgències, (...) ha de concloure's que concorre la causa de nul·litat prevista en l'article 47.1.e) de la LPAC. En el present cas, no concorren les circumstàncies que preveu l'article 110 de la LPAC i que suposen una excepció a les facultats de revisió, perquè no ha transcorregut un temps que permeta limitar l'exercici de la facultat revisora, ni tampoc s'evidencia cap circumstància que faça el seu exercici contrari a l'equitat, a la bona fe, al dret dels particulars o a les lleis, abans al contrari, es considera que s'han burlat les previsions legals en perjudici de tercers.”

Seguint aquesta doctrina majoritària, el Consell Consultiu de Canàries va dictaminar favorablement, en data 15 de juny de 2018, la declaració de nul·litat de ple dret de la contractació verbal efectuada per la Direcció General d'Infraestructura Viària.

No obstant això, algunes veus de la doctrina acadèmica i judicial entenen que no es pot revisar, per exemple, una contractació verbal, bé assimilant-ho a alguna cosa que no existeix o mancada de meres formalitats que no requereix ser revisat, o bé aplicant com a límit de la revisió d'ofici la protecció del particular que ha executat la prestació.

Com a part de la *doctrina minoritària*, alguns òrgans consultius són reticents a la depuració de l'ordenament jurídic vulnerat per la prestació sense causa que origina l'enriquiment injust.

El Dictamen de 10 de juliol de 2019 (Núm. 2019-0448) del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, emès en seu d'un procediment de revisió d'ofici en relació al servei de residu de podes que es facturava amb periodicitat mensual a l'Ajuntament de Torrevieja i, en concret, es revisava la Resolució d'alcaldia d'aixecament d'una objecció de la interventora (per absència d'expedient de contractació amb caràcter previ a la seua prestació) i de reconeixement extrajudicial del crèdit corresponent a una de les factures girades amb periodicitat mensual i al marge del contracte. En aqueixa ocasió, el Consell Jurídic Consultiu va dictaminar favorablement la revisió d'ofici, però única i exclusivament per entendre que l'Alcalde no era competent per a dictar l'acte objecte de revisió. No obstant això, no va accedir a la revisió d'ofici per les restants causes de nul·litat de ple dret acreditades en l'expedient, intercalant en la seua justificació la doctrina de l'enriquiment injust com a mecanisme habilitant del pagament d'obres sense contracte o contractades de manera il·legal per a restablir la justícia distributiva.

El mateix òrgan consultiu, en el seu Dictamen de 26 de març de 2016 (Núm. 2015-0187), es va mostrar així mateix contrari a la revisió d'ofici respecte a l'execució d'obres i treballs no previstos en el projecte inicial, realitzades segons projectes de modificats la tramitació dels quals es va iniciar però no es van aprovar, no existint a aquest efecte consignació pressupostària motivant el següent:

“Si bé consta l'incompliment de la legislació de contractació pública referent a la necessitat de prèvia aprovació d'un modificat del contracte d'obra o d'una nova licitació per a dur a terme obres al marge del projecte originari, el principi d'enriquiment injust justificaria l'expedient relatiu al reconeixement de deute, no apreciand-se, per tant, causa de nul·litat del ple dret en l'Acord de la Junta de Govern Local de febrer de 2011 -que, afegim nosaltres, va acordar aprovar la despesa derivada de la liquidació final de les obres executades en lloc del Ple, òrgan competent per a aprovar el reconeixement extrajudicial de crèdit-, per incompliment de la legislació contractual. (...) El principi de seguretat jurídica i els límits de la revisió han de prevaldre en garantia de la situació consolidada en favor de la contractista i no haja de procedir-se a la declaració de nul·litat, sense perjudici de les responsabilitats que puguen exigir-se conforme al que es preveu en l'article 173.5 del Text Refós de la Llei d'Hisendes Locals, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març”.

També s'han formulat judicis crítics (com el de Martínez-Hellín) a la doctrina que exigeix acudir en tot cas al procediment de revisió d'ofici dels actes nuls com a tràmit previ al reconeixement del dret a l'abonament de les prestacions que han sigut realitzades en virtut d'una contractació verbal d'aquestes. En síntesi, aquest raonament està fonamentat en la consideració del principi de l'enriquiment sense causa com una font d'obligacions directa, per a la restitució de l'avantatge ingressat en virtut d'una obligació patrimonial que malgrat la seua anomalia es consolida, sense que es requerisca la declaració formal d'aquesta anomalia ni l'expulsió prèvia de l'ordenament jurídic dels actes viciats, en virtut dels principis de seguretat jurídica, bona fe i confiança jurídica.



Ara bé, en aquesta ocasió també s'afirma que, en qualsevol cas, ha d'assenyalar-se que el mecanisme de reconeixement de les obligacions amb fonament en la doctrina de l'enriquiment injust ha d'aplicar-se per l'Administració amb caràcter restrictiu i màxima cautela, i únicament com a última *ràtio*, amb vista a no provocar en l'esfera jurídica dels particulars una lesió indeguda que és causa exclusivament de l'actuació irregular de la pròpia Administració.

A parer d'aquesta Agència, és necessari que els operadors jurídics i intèrprets, inclosos els òrgans consultius pels quals imperativament i amb caràcter obstatiu de la seua tramitació han de passar els procediments de revisió d'ofici, es prestin a diferenciar entre l'expedient econòmic de REI/REC i el procediment substantiu del qual porta causa, sense refusar *per se* la revisió d'ofici del segon (la realitat jurídica que determina el fons de l'assumpte; l'execució de la prestació) per la inexistència de causa de nul·litat del primer (encarregat de tractar una omissió de fiscalització que possibilita un pagament no contemplat en pressupost).

Ara bé, atesos els elevats costos de tramitació dels procediments de revisió d'ofici, resulta necessari per seguretat jurídica, eficàcia i eficiència, distingir entre els que encaixen en els supòsits taxats de nul·litat de ple dret, els supòsits d'anul·labilitat i les meres irregularitats no invalidants. I això, per exemple, aprovant un catàleg que els diferencie, orientant i homogeneïtzant així l'actuació dels operadors jurídics i els òrgans de control intern.

2.5. SOBRE L'IMPROCEDENT ABONAMENT "A PETICIÓ" DE QUI EXECUTA LA PRESTACIÓ

Pel que fa a la quantificació econòmica de la compensació (subsidiària de la restitució) que, si escau, procedisca en liquidar el contracte, és essencial que es valore la prestació efectivament realitzada i no la totalitat de l'import facturat que reclama l'executant de la prestació.

Sobre la quantificació del rescabament existeixen sengles pronunciaments dispars:

- Per als qui continuen equiparant l'enriquiment injust amb la responsabilitat patrimonial de l'Administració, la quantia es correspon amb la reparació integral del mal produït.
- Per a un altre sector doctrinal (Martín Rebollo, entre altres), la compensació no serà igual al preu del contracte, perquè estem al marge d'aquest, que és nul.
- La doctrina més recent advoca per valorar les obres o prestacions realment realitzades que queden en mans de l'Administració i les despeses útils del contractista.

- No obstant això, la majoria dels Consells Consultius i òrgans judicials no es plantegen l'import; només si es va produir l'encàrrec i es va executar l'obra o servei, la qual cosa culmina en el pagament de l'import facturat. Com a excepció, el Consell Consultiu d'Andalusia (Dictamen 270/2002, de 23 d'octubre) afirma que no cal pagar el benefici industrial, entenent que sent nul un contracte, la restitució només aconseguirà al valor de la prestació realitzada o "cost efectiu" suportat per a qui la va realitzar.
- Si bé és unànime l'exclusió dels interessos de demora de la legislació de contractes (i per remissió d'aquesta, la de morositat en les operacions comercials), i majoritària la jurisprudència que exclou també l'IVA i la revisió de preus (STSJ Madrid de 12/09/2013), el propi Tribunal Suprem ha reconegut com a part del cost a rescabalar el relatiu a les despeses generals i al benefici industrial (STS de 14/10/2015).

Entenem que és absolutament necessari que s'unifiquen criteris respecte a tots els conceptes que han d'incloure's en la quantia compensatòria/indemnitzatòria, pel bon funcionament de les administracions públiques i la seguretat jurídica. En aquest sentit, considerem que no pot admetre's, sense més, un mer REI/REC per a pagar l'import "a petició", facturat per qui diu haver executat una prestació a favor de l'Administració.

En conseqüència, recomanem a les institucions públiques de la Comunitat Valenciana (autoritats, òrgans gestors i especialment òrgans de control) que verifiquen que el cost de la compensació no excedisca del que corresponga com a contraprestació deguda pels treballs realitzats; prèvia recepció de la prestació a satisfacció de l'Administració i comprovació material de la inversió. En aqueix sentit, podria substituir-se el mer registre de la factura com a detonant de la via del rescabament per l'obligatòria incoació de l'expedient a instància de qui va executar la prestació, sol·licitant la verificació de l'encàrrec per l'Administració.

2.6. NOVES TENDÈNCIES DOCTRINALS: EL DEURE DE RESTABLIMENT DE LA LEGALITAT COM A DEURE DE TUTELA RESTITUTÒRIA

El deure de restabliment de la legalitat vulnerada, un dels remeis més eficaços de tutela restitutòria, si més no en el pla teòric, no sol utilitzar-se a Espanya en quasi cap àmbit de l'exercici de potestats públiques, excepció feta dels diferents procediments autonòmics per a restaurar la legalitat urbanística infringida. Algun autor ha arribat a esbossar, entre altres mesures alternatives, la idea que per part del legislador es regule una espècie de procediment de restabliment de la legalitat vulnerada com a obstacle a l'enriquiment injust.

De Vicente González, per exemple, al·ludeix al fet que la falta de previsió legal de l'enriquiment injust no permet establir *mecanismes adequats de correcció de l'incompliment* de les obligacions de preparació i adjudicació dels contractes, que és, des de la perspectiva de l'Administració, la

institució a protegir, i insisteix l'autor en la necessitat de preveure els efectes concrets de l'incompliment contractual *"que el desincentiven i, en particular, en els casos més grollers com són els d'inexistència del contracte o prestacions complementàries no contractades"*, suggerint així deixar la via de revisió d'ofici per a contractes formalment complits i, per als casos d'inexistència de contracte o prestacions complementàries, regular un *procediment de convalidació de prestacions que s'engloben dins de l'enriquiment injust*, que exigisca després d'expedient contradictori i verificació de la realitat i valoració de la prestació, una declaració de convalidació de l'òrgan de contractació, amb o sense responsabilitat dels qui van donar lloc a l'encàrrec de la prestació, així com la manera de finançament del pagament i una espècie d'acció de retorn patrimonial.

Per a Díez Sastre, en aquells casos en què el contracte o gran part del mateix s'haja executat serà difícil que les parts es restituïsquen les coses. Així mateix, l'autora exposa certes peculiaritats de la contractació com l'interès de més d'un particular, l'interès públic, l'interès de mercat o la possible garantia de la continuïtat del servei, entre altres, que exigeixen ponderar el deure de restablir la legalitat i la necessitat d'obtenir prestacions derivades d'aquest. En tals casos, la pròpia normativa, europea i nacional, preveu la possibilitat de mantenir els efectes del contracte, ponderant l'interès general per damunt de la restitució de la legalitat vulnerada. No obstant això, quan el restabliment no siga possible, només queda la indemnització econòmica per a fer efectiva la tutela restitutòria.

En efecte, no són poques les Administracions que, ponderant el deure de restablir la legalitat i la necessitat de garantir la prestació d'un servei públic d'interès general, mantenen els efectes d'aquest, una vegada expirats els terminis de durada (i pròrrogues d'aquell), pel temps indispensable fins a la formalització del nou contracte que es licite. Tesi que fonamenta, per exemple, l'Informe 4/2016, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Canàries, que abans hem esmentat.

No obstant, això planteja seriosos problemes en produir-se un buit en la cobertura de la necessitat pública pel llit legalment previst, tal com hem reflexionat anteriorment.

En aquest sentit, des d'aquesta Agència ens reafirmem en la necessitat de protegir l'interès públic, d'acord amb els principis generals del Dret, respectant els procediments formals previstos en la normativa reguladora sectorial per a realitzar encàrrecs a tercers. I, si s'arriba al remei subsidiari de l'enriquiment injust, una de les vies doctrinals que es comparteixen passaria per articular una millora reguladora que contemple el restabliment de la legalitat infringida en el marc de la tutela restitutòria però, insistim, com a via subsidiària i, en cap cas, per a "normalitzar" un procediment d'ús general.



03

La via de l'enriquiment injust en el sector públic (II): La necessària diferenciació entre el tractament econòmic de l'enriquiment injust i el procediment substantiu del qual porta causa



En aquest apartat ens centrem en l'expedient econòmic de REI o REC, l'equiparació del qual en la pràctica amb l'enriquiment injust, pot propiciar la normalització d'actuacions irregulars i vies de fet.

Al no ser possible reconèixer el naixement d'obligacions pressupostàries derivades d'un acte nul de ple dret per ser contrari a l'ordenament jurídic en general o, en particular, a les regles bàsiques de l'ordenament pressupostari que regulen la realització de la despesa pública, l'Administració indemnitzava al tercer de bona fe per les prestacions rebudes de conformitat mitjançant la tramitació d'un expedient econòmic que restableix el desequilibri patrimonial patit en executar dita prestació.

És per això que diferents preceptes reguladors de la normativa pressupostària estatal, autonòmica i local regulen un procediment de gestió de la despesa com a *"Rescabament per enriquiment injust"* (en l'àmbit autonòmic) o *"Reconeixement Extrajudicial de Crèdits"* (en l'àmbit local) que, en la pràctica totalitat de les administracions territorials, s'articula sense que els òrgans de control intern puguen exercir la seua funció interventora, sent suficient l'aprovació del crèdit per part del Consell de Ministres (Estat), del Consell a proposta dels titulars de les respectives conselleries (Comunitat Valenciana) o del Ple (entitats locals) per a convalidar les actuacions i emparar el pagament al "creditor".

Els tràmits pels quals discorre el procediment, en l'àmbit autonòmic, es recullen en l'article 106 de la LHPGV "Omissió de fiscalització" que, sense perjudici de l'obertura d'expedients addicionals de depuració de responsabilitats que pertocara, i amb una mera conformitat a la prestació per l'òrgan gestor i un informe de la intervenció delegada que no té caràcter fiscalitzador, es resol per cada titular de les respectives conselleries, prèvia autorització del Consell.

En l'àmbit local, una de les novetats del Reial decret 424/2017, de 28 d'abril, de control intern de les entitats locals, és que regula en el seu article 28 la manera de conducta davant l'omissió de la funció interventora amb caràcter previ al reconeixement de l'obligació i pagament.

L'òrgan de control imperativament *"emetrà la seua opinió davant la proposta"*, sense naturalesa fiscalitzadora, contenint una sèrie d'extrems, com la constatació que les prestacions s'han dut a terme i que el seu preu s'ajusta al de mercat, o la possibilitat i conveniència de revisió dels actes dictats amb infracció de l'ordenament jurídic que, segons l'apartat e) del precepte *"serà apreciada per l'òrgan interventor en funció de si s'han realitzat o no les prestacions, el caràcter d'aquestes i la seua valoració, així com dels incompliments legals que s'hagen produït. Per a això, es tindrà en compte que el resultat de la revisió de l'acte es materialitzarà acudint a la via d'indemnització de danys i perjudicis derivada de la responsabilitat patrimonial de l'Administració com a conseqüència d'haver-se produït un enriquiment injust a favor seu o d'incomplir l'obligació al seu càrrec, per la qual cosa, per raons d'economia processal, només seria pertinent instar aquesta revisió quan siga presumible que l'import d'aquestes indemnitzacions fora inferior al que es proposa"*.

Com pot observar-se, el citat reglament deixa a la discrecionalitat personal de cada interventor/a la conveniència o no de la depuració jurídica. És més, permet que no es revise un acte nul per raons d'economia processal, estenent els efectes guaridors de la despesa a un acte viciat de nul·litat atenent tan sols una estimació pecuniària del cost de la indemnització, perquè només seria pertinent instar la revisió quan aquest import compensatori s'estime superior al que correspondria com a conseqüència de la via compensatòria derivada de la responsabilitat patrimonial de l'Administració o d'incomplir l'obligació al seu càrrec. Es tracta, doncs, d'una previsió que està generant incertesa i inseguretat jurídica, respecte a la seua adequació al principi general de sotmetiment ple a la Llei i al Dret, així com amb la doctrina majoritària puix que sembla confondre la responsabilitat patrimonial amb l'enriquiment injust, figures amb clares diferències irreconciliables.

Com recorda el Consell Consultiu d'Andalusia en el seu Dictamen 270-2002, de 23 d'octubre: *·"Ni els particulars ni l'Administració té facultats dispositives sobre el procediment que en cada cas ha de seguir-se, llevat que així vinga expressament ordenat"*. Tampoc semblaria que es pot "sanar" un acte nul al marge de la possibilitats de l'art. 52 LPAC, que només permet convalidar actes anul·lables.

Entenem que l'acord convalidant tan sols afectarà l'eficàcia de l'obligació perquè resulte exigible, permetent el seu pagament, però no hauria de tindre efectes guaridors o de convalidació d'actes de fons contraris a l'ordenament jurídic ni que exoneren de responsabilitats de les autoritats i personal al servei de les administracions que van ordenar aquesta actuació.

En aqueix sentit es va pronunciar l'Audiència Nacional en la seua Sentència de 6 de juny de 2018, Núm. 2666-2018, concloent que el pagament realitzat després de la convalidació de la despesa pel Consell de Ministres tenia caràcter de compensació o indemnització, però no convalida l'existència del contracte, puix que l'article 42 LCSP només considera efectes de nul·litat la restitució. Per tant, el rescabament o REC permet fer efectiva la compensació prevista en la norma substantiva (per exemple, en la liquidació del contracte), que porta causa en la resolució d'un expedient de revisió d'ofici (en cas que s'aprecie la concurrència de causa de nul·litat sobre el fons jurídic de l'assumpte) i la finalitat del qual és evitar l'enriquiment injust.

Sustenten aquesta tesi el Jutjat del Contenciós 4 d'Oviedo en la seua Sentència de 12 de juny de 2017, Núm. 148-17; el Dictamen del Consell d'Estat de 21 de desembre de 2011; el Dictamen del Consell del Principat d'Astúries d'11 de febrer de 2016, Núm. 22-2016; la Instrucció 2-2012, de 12 de març, de la Intervenció de la Generalitat d'Illes Balears o la Llei 8/2016, de 12 de desembre, de mesures tributàries, patrimonials, financeres i administratives de la Comunitat Autònoma d'Extremadura, en el seu article 18, que determina:

"1. A fi d'evitar l'enriquiment injust de l'Administració en perjudici de tercers de bona fe, el reconeixement d'obligacions derivades d'una prestació sol·licitada, consentida i recepcionada de conformitat per l'Administració Autònoma sense la plena observança del que es disposa per la normativa de contractació del sector públic aplicable, es limitarà a rescabalar el cost



d'aquella excoient, en qualsevol cas en què comporte la nul·litat absoluta de les actuacions o del negoci jurídic del qual porte causa, el benefici industrial”.

2. Prèviament a aquest reconeixement, sempre que això fora possible, haurà de procedir-se a l'esmena dels vicis dels quals manque el procediment tramitat per a la seua concertació.

3. En els supòsits en els quals resulte impossible la convalidació contemplada en l'apartat anterior, haurà de tramitar-se la corresponent revisió d'ofici de les actuacions, procedint a reconèixer, en el mateix procediment, les quanties compensatòries que procedisquen sense perjudici del que s'estableix en l'apartat anterior i amb subjecció a les següents especialitats: (...)”.

A més a més, l'Administració ha de dotar-se de mecanismes que verifiquen la recepció de la prestació, l'execució material de la inversió i el valor d'allò efectivament executat, en línia amb la Resolució de la Intervenció General de l'Estat, de 14-07-2015, sobre el desenvolupament de la funció interventora en l'àmbit de comprovació material de la inversió. Són una pauta a seguir, les previsions contingudes en aquest sentit en la citada Instrucció 2-2012, de 12 de març, de la Intervenció de la Generalitat d'Illes Balears o en l'esmentada Llei 8/2016, de 12 de desembre, d'Extremadura.

Això sense perjudici del control intern en la seua funció de control permanent en els supòsits i amb l'abast que es decidisca escometre en els respectius àmbits.

Així, per exemple, en l'àmbit de la Generalitat Valenciana, regeix el que es disposa en la Resolució de 16 de gener de 2020, de la Intervenció General de la Generalitat, per la qual es dicten instruccions en relació amb l'exercici del control financer permanent i els informes dels controls financers específics acordats pel Consell.

En aquesta resolució, entre altres qüestions, es concreta l'exercici del control financer permanent que es realitza per les Intervencions Delegades, en les matèries i amb l'abast que la Intervenció General de la Generalitat estableix en el Pla Anual de Control Financer Permanent, o bé per realitzar-se controls addicionals per l'interventor actuant sobre determinades matèries i, entre elles, els informes als expedients en què, havent-se omés la intervenció prèvia, no fora possible considerar convalidades les actuacions que preveu l'apartat 2 de l'article 106 de la LHPGV.

L'objecte d'aquest control és comprovar de forma continuada que el seu funcionament, en l'aspecte econòmic financer, s'ajusta a l'ordenament jurídic i als principis generals de bona gestió financera, així com formular recomanacions per a promoure la millora de les tècniques i dels procediments de gestió econòmic financera.



Una vegada aprovada la resolució de l'expedient de REI per la persona titular de la conselleria competent en matèria de sanitat, prèvia autorització pel Consell, d'acord amb la tramitació prevista en els articles 106.3 i, en el seu cas, 39.5 de la LHPGV, es marquen els documents comptables com a expedients de REI i subjectes a control financer permanent. El control financer es realitza de la manera següent:

“La Intervenció Delegada seleccionarà, per cada expedient de crèdit i en funció dels mitjans disponibles, una mostra de les obligacions reconegudes mitjançant tècnica de mostreig numèric per mètodes informàtics, de la qual es deixarà constància en l'informe de control. A continuació, es requerirà als centres gestors que aporten els documents seleccionats, juntament amb l'expedient complet d'aprovació del rescabament per enriquiment injust i la resta de documentació que done suport al reconeixement de les obligacions en ell incloses. Sobre la mostra es realitzaran les verificacions pròpies que s'efectuen per als expedients de reconeixement d'obligacions en el curs de la funció interventora recollides en l'Acord de 24 d'agost de 2012, del Consell, pel qual es determinen els extrems addicionals a comprovar per la Intervenció en l'exercici de la fiscalització de la despesa (...). En tot cas, les comprovacions efectuades hauran de ser recollides en un document denominat “Llistat de Verificacions” que s'inclourà com a annex en l'Informe anual previst en les disposicions quinze i setze. Els resultats quedaran documentats en papers de treball que mostren l'evidència obtinguda que suporta el resultat expressat i es conservaran en l'arxiu de la Intervenció Delegada actuant a l'efecte de la seua consulta (...) S'emetrà un informe parcial de CFP amb expressió del resultat obtingut en l'actuació.

(...) Per tal que cada Conseller elabore el Pla d'Acció, en el seu cas, s'identificaran les febleses, deficiències, errors i incompliments. Els Plans d'Acció que es deriven del contingut de l'Informe Global hauran de rebre's en la Intervenció General abans del 30 de juny”.

Consultat el Pla Anual de Control Financer Permanent de la Intervenció General de la Generalitat per a l'exercici 2020, s'aprecia que únicament s'ha inclòs en el mateix el control financer permanent per al reconeixement de les obligacions derivades d'expedients de REI relatius a la Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública. Es continua posant èmfasi en el control de l'enriquiment injust única i exclusivament en relació amb el sector sanitari, en línia amb la Resolució de 23 de novembre de 2018, de la Intervenció General de la Generalitat, per la qual es dicten instruccions per a l'execució de l'Acord de 31 d'octubre de 2018, del Consell, d'aplicació del control financer permanent en substitució de la intervenció prèvia per al reconeixement de les obligacions derivades d'expedients de REI en la conselleria competent en matèria de sanitat.

És cert que, segons les dades de la informació agregada citats en l'apartat introductor de la nostra recomanació, és en aquest sector on es produeix el major percentatge d'expedients de “rescabament” però no ho és menys que existeixen altres àrees en les quals convindria ampliar aquests controls.



En qualsevol cas, de les dades que hem tractat i comentat com a context d'aquesta recomanació, la forma en què s'estan aprovant alguns "expedients" de rescabament en general i, en l'àmbit sanitari en particular, que sovint abasten diversos exercicis tancats sense especificar l'origen de la despesa, ni referir-se a expedients singulars d'acord amb la matèria i tipus de despesa detallada què es tracte, poden dificultar molt, fins i tot el control posterior.

Per tot això exposat, entenem que l'acord convalidant de l'expedient econòmic tan sols afecta a l'eficàcia de l'obligació perquè resulte exigible, permetent el seu pagament. Però constatem que l'excepcional previsió d'un sistema de convalidació d'una despesa s'ha convertit en una pràctica generalitzada que propícia l'ús abusiu de la figura. Depurar l'actuació administrativa que ha originat aquesta despesa al marge de la Llei i dels principis generals del Dret, pot ser una alternativa per a reubicar el fenomen en la situació excepcional que li correspon, d'acord amb la doctrina i jurisprudència unànime en aquest aspecte.



04

Riscos de frau i corrupció derivats de l'abús de l'enriquiment injust en les nostres institucions públiques. Especial atenció a la contractació del sector públic



En aquest apartat, abordarem succintament els principals riscos de frau i corrupció derivats de l'ús abusiu de l'enriquiment injust detectats per aquesta Agència.

A aquest efecte, agruparem en primer lloc aquells riscos que són predicables amb caràcter general de qualsevol àmbit d'activitat pública.

A continuació, analitzarem la síntesi de les principals irregularitats i la identificació dels riscos en l'àmbit sectorial de la contractació pública, àmbit en el qual existeixen majors evidències de despesa pública vinculada a l'enriquiment injust.

No obstant això, s'adverteix que molts d'aquests riscos també són predicables d'altres àmbits materials en els quals s'acudeix de manera recurrent al corresponent expedient econòmic de REI o REC, segons l'àmbit, per a reconèixer obligacions de pagament derivades d'actuacions constitutives, per exemple, de vies de fet (subvencions, funció pública, etc).

En general, són riscos de frau i corrupció derivats de l'ús abusiu de l'enriquiment injust comuns a qualsevol àmbit sectorial d'activitat pública, entre altres, els següents:

1.	Apartar-se, per via de fet o vulnerant el dret, de la missió de servei públic sobre la qual ha de girar tota l'activitat de les administracions públiques
2.	El malbaratament de recursos públics: malbaratar diners públics per no gestionar la despesa en funció dels recursos necessaris o desviant-se de les finalitats previstes
3.	Falta de planificació de l'acció pública: l'absència de plans o la seua indeguda execució impedeixen prioritzar les polítiques públiques, obrint les portes a encàrrecs de prestacions no necessàriament alineades amb les mateixa
4.	Falta de dotació dels recursos humans necessaris i qualificats per a complir la seua missió de servei públic: incrementa el risc de no seguir els procediments legals
5.	Obsolescència legal o tecnològica: desconèixer el marc normatiu aplicable a la decisió. Conèixer-ho és essencial per a donar compliment a la premissa de qualsevol actuació pública: el sotmetiment ple a la Llei i al Dret
6.	Falta de transparència de l'acció pública com a fallida de la rendició de comptes públicament
7.	Increment dels conflictes d'interessos i incompatibilitats no detectats ni controlats, en la mesura en què alguns "encàrrecs o ordres" per part de l'Administració poden provindre de persones (autoritats, empleats públics o derivades d'exigències de les pròpies empreses que realitzen la prestació per se o a través dels seus lobbies), guiades per interessos particulars i aliens a la seua missió de servei públic
8.	L'escàs control intern, sobretot, del sector públic instrumental
9.	Descrèdit davant la ciutadania i la hipoteca reputacional suposen alts costos per a les institucions, i solen anar lligades al desviament de l'interés general públic en benefici d'alguns interessos particulars, la qual cosa, en el cas de l'enriquiment sense causa, sovint esdevé

A continuació, passem a enumerar les principals irregularitats i els riscos a ella aparellats que porten causa de la figura objecte la recomanació identificats per l'Agència en l'àmbit sectorial de la contractació pública.



L'abús de l'enriquiment injust ha derivat en irregularitats en l'àmbit de la contractació, com ara: *i)* contractació verbal: factures sense contracte que les suporta; *ii)* concatenació de contractes menors i altres tipus de fraccionament il·lícit de l'objecte del contracte; *iii)* modificacions de contractes sense procediment d'aprovació; especialment d'obres; *iv)* recurs al procediment negociat sense publicitat fora de les excepcions taxades per Llei; *v)* formalitzar un conveni l'objecte del qual siga una prestació contractual, amb infracció de l'article 50 de la LRJSP; *vi)* formalitzar un encàrrec a mitjà propi sense complir els requisits previstos en l'article 32 LCSP; *vii)* prorrogar de manera il·legal o injustificada la durada dels contractes.

Els riscos generals de frau i corrupció derivats de l'abús de l'enriquiment injust s'accentuen i matisen en el marc del propi cicle de planificació, execució i control de la despesa pública per excel·lència en les administracions públiques: el dels béns, obres i serveis que caracteritza la contractació del sector públic.

En efecte, la probabilitat que les irregularitats assenyalades es produïsquen serà major com menys es planifiquen i justifiquen els "encàrrecs" o es realitzen sense seguir els procediments legals oportuns, la qual cosa succeirà sempre que s'acudisca a l'enriquiment sense causa. I el mateix quan, una vegada executat l'«encàrrec», aquest no s'execute totalment, es modifique sense seguir els procediments formals o es prorrogue *de facto*, impeding-se els controls interns que requereix un contracte públic durant tota la seua vida, i malbarat recursos públics que haurien d'haver sigut "teledirigits" per l'administració contractant cap a la seua particular missió de servei públic. El contrari, com apuntem en l'objecte d'aquesta recomanació, obri la porta al risc de conflictes d'interessos en joc que, per falta de detecció i control, inclinen la balança de l'«encàrrec» en favor d'algun interès particular en detriment dels interessos generals de la col·lectivitat. S'enumeren tals riscos específics de manera no exhaustiva:

Planificació:	Falta de planificació
	Encàrrecs no planificats
	Falta de regulació del procediment de contractació, especialment del procediment per a la contractació menor
Execució:	Modificació indeguda del contracte
	Inexecució total o parcial de millora o modificació
	Autorització de pagaments irregulars o injustificats
Extinció:	Pròrrogues no previstes en PCAP, i/o sense respecte al preavis
	Pròrrogues "forçoses" per continuïtat en la prestació dels serveis públics
	Alteració de la duració del contracte (element essencial)
	Autorització de pagaments irregulars o injustificats
	Inadvertència o inactivitat davant causa de resolució del contracte
	Balafament de recursos públics: - no liquidació d'obligacions contractuals conforme a dret - no indemnització de valor per rescabament ajustat a dret - no coneixement suficient del mercat



Control intern:	Falta de control dels límits de la contractació menor, del fraccionament de l'objecte del contracte.
	Omissions de fiscalització que puguin comportar nul·litat d'actes i posteriors indemnitzacions per enriquiment injust
	Falta de coordinació entre l'òrgan de contractació, responsable del contracte i l'òrgan interventor
	Absència de control material de la inversió
	Absència de control de compliment de codi ètic de l'organització i el seu acatament per proveïdors i subcontractistes
Denúncies:	Absència de canal de denúncies intern
Transparència:	Falta de transparència, especialment dels contractes menors

Concloem aquest apartat indicant que intuïm que molts d'aquests riscos també són predicables d'altres àmbits materials en els quals s'acudeix de manera recurrent al REC o REI, segons l'àmbit per a reconèixer obligacions de pagament derivades d'actuacions constitutives de vies de fet (subvencions, funció pública, etc). Dits riscos seran objecte de desenvolupament en posteriors estudis i treballs que es puguin escometre des d'aquesta Agència, com a resultat de les dades que puguem evidenciar.

05

**Mecanismes de
prevenció de
l'enriquiment injust que
eviten i/o minimitzen
irregularitats
constitutives de frau i
corrupció**



A la vista dels riscos de frau i/o corrupció vinculats amb l'abús de la via de l'enriquiment injust, considerem que també haurien de prendre's mesures preventives del mateix i no sols les que hui existeixen, eminentment reactives.

Extractem a continuació els principals mecanismes que, en implementar la cultura de la integritat pública en les entitats del sector públic de la nostra Comunitat, entenem contribuirien a decantar la balança de l' "abús" a l' "ús" excepcional de la figura:

1. Sotmetre's al mandat de la Llei i el Dret, això és, aplicar els procediments legalment previstos en les diverses normes sectorials, tant els que regulen l'iter i requisits a seguir perquè l'Administració realitze un encàrrec o contracte amb un particular, com els que les lleis ja contemplen per a compensar prestacions, treballs o situacions realitzats per un particular en profit d'una Administració, aparcant el remei subsidiari del rescabament per enriquiment injust per als supòsit que no tinguen cabuda en aquesta regulació positiva.
2. Planificació de les polítiques públiques i la seua gestió: els encàrrecs al marge de la missió de servei públic i/o fora dels procediments legals s'evitarien si les institucions actuaren només després de valorar les alternatives, costos i efectes. Així, planificar el que es necessita contractar juntament amb el seu seguiment i control evitarà el malbaratament de diners públics, gestionant adequadament la despesa en funció dels recursos necessaris. De la mateixa manera, la planificació permet actuar només d'acord amb l'economia institucional; sabent amb quins diners es compta abans de gastar-ho, i valorant *ex-ante* si realment és o no necessari externalitzar una prestació. Recomanem que integren les seues polítiques públiques coordinant la planificació de totes les àrees de pràctica de l'organització.
3. Altres mesures encaminades de caràcter organitzatiu: els servidors públics, especialment els responsables i gestors de les àrees de major risc derivat d'enriquiment sense causa, han de ser suficients en número per a poder escometre amb solvència les seues funcions i han de rebre suficient formació a aquest efecte.
4. En línia amb l'anterior, recomanem l'adequació de la dotació dels seus recursos humans, especialment reforçant els serveis jurídics de la seua entitat així com el personal tècnic i/o qualificat en els seus serveis gestors, i així mateix el personal de control intern. Ens juguem molt i les institucions hem de buscar solucions amb proporcionalitat amb els nostres recursos; comptant amb recursos formats, que actuen amb domini de les matèries que tracten en els seus respectius serveis i no "per por" a errors i responsabilitats fruit del desconeixement. Ací el paper fonamental de les Diputacions Provincials en la seua missió de donar suport a les entitats locals amb menys mitjans.



5. Complementàriament, en funció de la grandària i possibilitats de cada entitat, hauria de fomentar-se la implementació de sistemes tecnològics i d'intel·ligència artificial que permeten la detecció i control d'irregularitats en totes les fases, així com coadjuvar en les tasques de planificació i de gestió.
6. Transparència, com un dels principals instruments per a garantir l'efectiva rendició de comptes de l'activitat pública a la ciutadania: molt especialment en els àmbits més afectats per enriquiment injust: contractació, subvencions, funció pública i urbanisme.
7. En l'àmbit concret de la contractació pública, un dels més afectats per la figura de l'enriquiment injust, hem d'insistir que complir el procediment legalment previst per esdevindre adjudicatari d'un contracte va més enllà de les exigències formals, perquè és l'única via per respectar els principis generals de la Unió Europea així com amb les regles que protegeixen la lliure competència en el normal funcionament dels mercats.

Tenint en compte que un dels requisits perquè prospere la via de rescabament de l'enriquiment injust és la bona fe de qui executa l'encàrrec de l'Administració, es recomana incloure en les clàusules tipus dels plecs (administratius i tècnics) una clàusula que prohibisca al contractista adjudicatari del contracte acceptar encàrrecs de la direcció facultativa o responsable del contracte al marge dels previs procediments legalment establerts a aquest efecte. A sensu contrari, hauran de preveure's mecanismes interns dissuasius i disciplinaris contra el personal tècnic o responsable polític que realitzi l'encàrrec al marge de la legalitat (per exemple modificats o excessos d'obra sense procediment legal; concatenació de contractes menors per a necessitats recurrents en comptes d'instar la seua licitació, etc.).

Tot això, a més a més d'incloure clàusules ètiques en els contractes, del respecte de les prohibicions per a contractar, o de les declaracions responsables de conflictes d'interessos i de pertinença a grup empresarial, la posada en marxa de canals de denúncies, o el reforç del paper de control de l'execució dels contractes, entre altres mesures relacionades com: incloure l'annualitat de tots els contractes pluriennals ja adjudicats; incloure tots els serveis i subministraments periòdics i repetitius en la corresponent planificació anual; estimar l'import de creditors pendents d'aplicar al pressupost; o regular en les bases d'execució del pressupost o document similar el procediment a seguir per a la contractació menor i les seues especialitats de control intern.

8. En tots els àmbits sectorials recordem, així mateix, la importància de vetlar pel respecte de la planificació i de la normativa sectorial, així com de conèixer i analitzar la necessitat d'anar a l'externalització de prestacions (el que només és plausible prèvia justificació motivada de la insuficiència de recursos propis a aquest efecte) i mai amb caràcter general.



9. Paral·lelament, i per als excepcionals suposats en què es vaja a la via del rescabament o reconeixement extrajudicial per enriquiment injust, podria articular-se un procés de millora reguladora que, en línia amb algunes propostes doctrinals, articule mesures sota el prisma del restabliment de la legalitat infringida, bé regulant *ad hoc* la via de l'enriquiment injust, bé en el si de la regulació actual del procediment de gestió d'aquesta despesa i, insistim, en qualsevol cas, respectant la seua subsidiarietat
10. Al marge de l'anterior, han de dotar-se mecanismes que verifiquen la recepció de la prestació per part de l'Administració, l'execució material de la inversió i el valor de l'efectivament executat.
11. Es recomana reforçar el control intern en la seua funció de control permanent en els supòsits i amb l'abast que es decidisca escometre en els respectius àmbits. En particular, seria convenient incloure en el Pla Anual de Control Financer Permanent de la Intervenció General de la Generalitat corresponent el reconeixement de les obligacions derivades d'expedients de REI relatius a totes les conselleries de la Generalitat així com també del seu sector públic instrumental. I el mateix en el cas de les Diputacions i entitats locals de major grandària.

06

**Responsabilitats
d'autoritats i personal al
servei de les
administracions
públiques així com
d'entitats públiques o
privades perceptores de
diners públics**



Davant la importància de co-crear una cultura preventiva que advoque pel funcionament íntegre, eficaç i eficient de les administracions públiques valencianes, signifiquem com un element més a tindre en compte, un ventall general de possibles responsabilitats en què podrien incórrer aquelles autoritats i personal al servei de les administracions públiques que ordenen l'execució per un tercer d'una prestació al marge de la Llei.

En particular, i en relació amb la nostra anàlisi de la figura de l'enriquiment sense causa, l'acord favorable de l'òrgan competent que resolga l'omissió de fiscalització, no eximeix de l'exigència de les responsabilitats al fet que, en el seu cas, pertocara, ex article 106.4 de la LHPGV i, en similars termes, l'article 28 del Reial decret 424/2017, de 28 d'abril, pel qual es regula el règim jurídic del control intern en les entitats del Sector Públic Local.

El control posterior (al qual, segons hem comentat, es reconduïxen per exemple els expedients de rescabament de la Conselleria de Sanitat) permet així mateix reaccionar quan es coneguen fets que puguen ser constitutius d'infracció administrativa, o que puguen donar lloc a responsabilitats comptables o penals.

Respecte a l'altra cara de la mateixa moneda, apreciem que resulta necessari considerar l'eventual responsabilitat d'aquelles entitats públiques o privades que han executat la prestació sabent que, en fer-ho, estaven vulnerant l'ordenament jurídic o desviant l'interès públic de l'Administració a favor dels seus interessos particulars.

Partint de l'anàlisi dels requisits i caràcters de la figura objecte d'aquesta recomanació, tractarem succintament, entre els tipus generals de responsabilitats d'autoritats i personal al servei de les administracions públiques, aquelles que els són predicables als supòsits d'enriquiment injust, sense perjudici d'altres possibles responsabilitats al fet que pertocara que contemple la respectiva normativa sectorial en funció de l'àmbit material i de les circumstàncies concretes en els quals s'enquadre l'encàrrec realitzat pel particular a instàncies de l'ordre de l'Administració, al marge dels procediments legals.

6.1. Responsabilitat disciplinària

Una de les possibles responsabilitats a depurar, en el si de cada organització pública, en els casos en què es reconeguen obligacions derivades dels anomenats REI's o REC's, és la responsabilitat disciplinària que corresponga contra el personal al servei de l'Administració que realitze l'«encàrrec» al marge de la legalitat (per exemple, aquell que ordene un modificat o excés d'obra sense procediment legal; la concatenació de contractes menors per a necessitats recurrents en comptes d'instar la seua licitació, etc).



La regulació bàsica de la responsabilitat disciplinària es recull a l'article 95 del Text Refós de l'Estatut Bàsic de l'Empleat públic, aprovat per Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, que, en el que ací interessa, determina entre les infraccions tipificades com molt greus l'«adopció d'acords manifestament il·legals que causen perjudici greu a l'Administració o als ciutadans», nuant-se com a conseqüència punitiva sancions que poden anar des de la separació del servei en cas d'infraccions molt greus, la suspensió de funcions (o d'ocupació i sou en el cas del personal laboral), fins a l'amonestació. En termes similars, es recull en la Llei 10/2010, de 9 de juliol, d'Ordenació i Gestió de la Funció Pública Valenciana.

La modulació de les sancions greus o lleus tindria els següents paràmetres generals de graduació:

- a) El grau en què s'haja vulnerat la legalitat.
- b) La gravetat dels danys causats a l'interès públic, patrimoni o béns de l'Administració o dels ciutadans.
- c) El descrèdit per a la imatge pública de l'Administració.
- d) El grau d'intencionalitat, descuit o negligència que es revele en la conducta, la reiteració o reincidència, així com el grau de participació.

6.2. Responsabilitat per infracció de la normativa de bon govern

La Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (a la qual es remet la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana), tipifica el règim sancionador d'alts càrrecs i directius públics. Així, a més de les infraccions en matèria de conflicte d'interessos i les disciplinàries, regula com molt greus (quan siguen conductes culpables) les infraccions en matèria de gestió econòmic-pressupostària. Entre aquestes infraccions *molt greus*, destaquem aquelles que podrien ser conseqüència de la figura de l'enriquiment injust (atenent la seua pròpia tipificació) i, per tant, hauran de ser preses en consideració en el corresponent procés de depuració de responsabilitats:

- Els compromisos de despeses, reconeixement d'obligacions i ordenació de pagaments sense crèdit suficient per a realitzar-los o amb infracció del que es disposa en la normativa pressupostària que siga aplicable.
- L'omissió del tràmit d'intervenció prèvia de les despeses, obligacions o pagaments, quan aquesta resulte preceptiva o del procediment de resolució de discrepàncies enfront de les objeccions suspensives de la intervenció, regulat en la normativa pressupostària.
- L'absència de justificació de la inversió dels fons als quals es refereix la normativa pressupostària.



En l'àmbit local, es fa referència expressa en el Reial decret de control intern, al fet que quan l'òrgan interventor aprecie que determinats fets acreditats pogueren ser susceptibles de constituir una infracció en matèria de gestió econòmic-pressupostària de les previstes en l'esmentada Llei 19/2013, de 9 de desembre que, no sent constitutives de delictes afecten presumptes responsables compresos en l'àmbit d'aplicació de la citada llei, donarà trasllat de les actuacions a l'òrgan competent, sense perjudici de posar els fets en coneixement del Tribunal de Comptes per si procedira, si escau, la incoació de l'oportú procediment de responsabilitat comptable.

6.3. Responsabilitat comptable

Una de les responsabilitats que major relació guarda amb la tramitació dels expedients de rescabament o REC per enriquiment injust és la responsabilitat comptable. Així, els articles 38 i següents de la Llei orgànica 2/1982, de 12 de maig, del Tribunal de Comptes, estableixen: *“el que per acció o omissió contrària a la Llei originara el menyscapte dels cabals o efectes públics, quedarà obligat a la indemnització dels danys i perjudicis causats”*.

En aquesta matèria, el Tribunal de Comptes ha anat ampliant la seua doctrina, arribant a posar l'accent en la *prohibició de celebrar contractes innecessaris* ex article 28 LCSP, darrere dels principis de necessitat, idoneïtat i eficiència; així com en relació als estudis econòmics que verifiquen el *preu de mercat*.

Així, la contractació duta a terme sense la justificació de la finalitat pública constitueix *abast de fons públics*, encara que s'haguera tramitat correctament l'expedient, mentre que existint tal justificació de la finalitat pública, malgrat la infracció de les normes reguladores del procediment de la despesa pública, això no generaria per si sol responsabilitat comptable (Sentència Sala de Justícia de 26 de juliol de 2019, Núm. 14-19). En aqueix sentit, la STS de 17 d'octubre de 2018, recorda l'obligació de respectar el principi de legalitat pressupostària, a la vinculació de la despesa amb la seua finalitat pública, ajustada a Dret, i a les conseqüències d'incomplir les normes.

En tot cas, quan es considere que pugua existir responsabilitat comptable (prèvia denúncia, fiscalització de l'òrgan de control extern o provisió de jutjat d'instrucció penal o contenciós-administratiu), el Tribunal de Comptes podrà iniciar el corresponent procediment, podent considerar l'existència de responsabilitat comptable quan es donen els cinc requisits establits per la pròpia doctrina del tribunal de comptes (Sentència de 30/06/1992)⁵.

5 Requisits responsabilitat comptable:

1. Acció o omissió atribuïble a persona que tinga al seu càrrec el tractament de cabals o efectes públics
2. Acció o omissió que es desprenga dels comptes que han de rendir els qui recapten, intervinguen, custodien, tracten o utilitzen cabals o efectes públics
3. Que supose una vulneració de la normativa pressupostària i comptable
4. Que el menyscapte siga efectiu, individualitzat i avaluable econòmicament
5. Que existisca relació de causalitat entre l'acció o omissió de referència i el mal efectivament produït



Cal indicar que aquesta responsabilitat, pot ser directa (del causant/s del mal) o subsidiària (d'aquell que podent evitar-lo no ho va fer), sent compatible amb altres tipus de responsabilitats (penal, disciplinària...), ja que la seua finalitat és rescabalar les arques municipals. Això sense perjudici de la seua repercussió al responsable directe sempre que no haja prescrit l'acció; per exemple, a l'autoritat que encarrega una prestació sense seguir el procediment legal (generalment, a persona o entitat en la qual concorre un interès particular qui fa l'encàrrec en perjudici de l'interès general), al beneficiari de les subvencions que no haja reintegrat, el receptor de productivitats il·legals, etc.).

Aquesta última qüestió ens sembla rellevant, a l'efecte de depurar les eventuais responsabilitats de les autoritats i gestors administratius de la despesa, ja que a aquests no assumeixen la responsabilitat comptable ni directa ni subsidiària, en cas de no tindre entre les seues funcions el tractament de cabals públics.

En qualsevol cas, els responsables del tractament dels cabals públics, en l'exercici de les seues funcions, hauran de tindre en compte totes aquestes qüestions a l'hora d'emetre dels corresponents informes.

6.4. Responsabilitat penal

Com déiem al principi d'aquest apartat, depenent de la causa justa vulnerada o inexistent que va motivar l'enriquiment injust i de les circumstàncies que emmarcaren el cas concret, la conseqüència punitiva última (última ràtio) que el nostre ordenament jurídic lliga al presumpte responsable és la via penal. Així, alguns supòsits de la figura que analitzem podrien encaixar, portats a l'extrem, en els il·lícits tipificats com a delictes contra l'Administració Pública en el títol IX del Codi Penal, entre els quals ací destacarien: la prevaricació (art. 446 et seq.), el suborn (art. 419 et ss.) el tràfic d'influències (art. 428 et ss.), la malversació (art. 432) i les negociacions prohibides (art. 439 i ss).

En efecte, la STS 18 de novembre de 2016 resumeix els criteris o principis configuradors del delictes de *prevaricació*, de la manera següent:

“Que la contradicció amb el dret o il·legalitat en el delictes de prevaricació es manifesta normalment en la falta absoluta de competència, en l'omissió de tràmits essencials del procediment o en el propi contingut substancial de la resolució, que siga de tal entitat que no puga ser explicada amb una argumentació tècnica jurídica mínimament raonable; Aqueixa contradicció material entre la decisió i la legalitat es manifesta quan es vulnera la norma de manera palesa i grollera o desborden la legalitat d'una manera evident, flagrant i clamorosa, o mostren una desviació o gir del dret tan clara i evident que siga d'apreciar el plus d'antijuridicitat que requereix el tipus penal. I també s'ha establert que s'estarà davant una resolució arbitrària i dictada sabent la seua injustícia quan s'incórrega en un exercici arbitrari del poder, proscriu per

l'art. 9.3 de la CE, en la mesura en què l'ordenament l'ha posat en mans de l'autoritat o funcionari públic. I així, es diu que s'exerceix arbitràriament el poder quan l'autoritat o el funcionari dicten una resolució que no és efecte de la Constitució i de la resta de l'ordenament jurídic sinó, pura i simplement, producte de la seua voluntat convertida desenraonadament en aparent font de normativitat".

Per part seua, la STS de 25 d'abril de 2018 assenyala que la sanció de la prevaricació garanteix el degut respecte, en l'àmbit de la funció pública, al principi de legalitat com a fonament bàsic d'un Estat social i democràtic de Dret, enfront d'il·legalitats severes i doloses, respectant de manera coetània el principi d'intervenció mínima de l'ordenament penal (sentències de 21 de desembre de 1999 , 12 de desembre de 2001 i 31 de maig de 2002, núm. 1015/2002 , entre altres).

Com assenyala la doctrina jurisprudencial (Sentències núm. 674/98, de 9 de juny i 31 de maig de 2002, núm. 1015/2002 , entre altres) *"el delictes de prevaricació no tracta de substituir a la Jurisdicció contenciosa administrativa en la seua tasca genèrica de control del sotmetiment de l'actuació administrativa a la Llei i al Dret, sinó de sancionar suposats límits en els quals la posició de superioritat que proporciona l'exercici de la funció pública s'utilitza per a imposar arbitràriament el mer capritx de l'Autoritat o Funcionari, perjudicant el ciutadà afectat (o als interessos generals de l'Administració Pública) en un injustificat exercici d'abús de poder. No és la mera il·legalitat sinó l'arbitrarietat, la qual cosa se sanciona..."*.

Si bé el dret penal es configura des dels fonaments del nostre ordenament jurídic com *l'última ràtio*, és a dir, el remei que l'ordenament jurídic contempla com a màxim càstig de la il·licitud, i que la major part d'irregularitats administratives haurien de residenciar-se en l'ordre jurisdiccional contenciós-administratiu, en els nostres dies la tendència creixent és que cada vegada és més fina la línia divisòria entre tots dos ordres judicials. En algunes ocasions són els propis jutjats penals els que imposen condemnes per delictes de prevaricació, suborn, negociacions prohibides o tràfic d'influències, basats en irregularitats de caràcter administratiu i amb escassa fonamentació de la component del dol/intencionalitat penal.

Com a mostra simptomàtica portem a col·lació la Sentència de l'Audiència Provincial d'Alacant de 28 d'octubre de 2019, Núm. 431-2019, que, en relació a determinades factures per serveis contractats sense seguir els procediments de contractació establits en la normativa de contractació, va imposar condemnes penals per prevaricació amb el següent fonament:

"Respecte a aquestes nou factures, els acusats van contravindre, conscient i plenament, els principis de la contractació relatius a la llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència, no discriminació i igualtat de tracte de tots els ciutadans, voltant l'assoliment d'un eficient ús dels fons públics, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa".

Aquesta insuficient fonamentació resulta, al nostre entendre, contrària a la finalitat punitiva penal com a última ràtio. En aquest sentit, a criteri d'aquesta Agència mesures com ara la previsió d'una sort de prejudicialitat administrativa prèvia a l'enjudiciament penal o bé el recurs a l'especialització via pericials judicials, entre altres, perquè els vicis jurídic públics siguen examinats pels jutjats especialitzats en tan complexa matèria (el que només esdevé al revés), potser contribuirien a reubicar, quan escau, aquestes irregularitats administratives i les responsabilitats derivades, en l'ordre contenciós-administratiu.

Com anticipàvem al principi d'aquest apartat, en els supòsits d'enriquiment sense causa no sols participa l'Administració sinó que també participa activament l'entitat privada o pública que executa l'encàrrec al marge dels conductes ordinàriament previstos. Per tant, entenem que en el procés de depuració de responsabilitats que porte causa de l'expedient de rescabament o REC per enriquiment injust, caldrà analitzar dues qüestions:

1. la graduació de les responsabilitats de les autoritats o persones de l'Administració ordenants del "encàrrec" en funció de l'acceptació "maliciosa i conscient" de l'encàrrec per part de l'entitat pública o privada, en benefici particular,
2. la correlativa depuració de quantes responsabilitats foren procedents en relació a dites "executores" de l'encàrrec, com ara: l'acció de repetició prevista en l'article 213 i concordants de la LCSP; l'eventual reintegrament de l'indagudament percebut; i altres accions que procedisquen en els diferents ordres jurisdiccionals en funció de les circumstàncies de l'encàrrec (generalment, vies contenciós-administrativa, civil i penal).

Com a conclusió global d'aquest apartat, des d'aquesta Agència els recordem la importància que es depuren, previs els oportuns procediments contradictoris a aquest efecte, les responsabilitats dels qui van ordenar pel seu compte i risc l'execució d'una prestació al marge de l'ordenament jurídic aplicable (això és, motivadora d'un enriquiment sense causa) i/o de les entitats públiques o privades que voluntària o conscientment de la seua il·legalitat, van decidir executar aquesta prestació per a garantir-se el cobrament d'aquesta, desviant així a l'Administració de la seua missió de servei públic en benefici particular.



07

Conclusions

Primera

En els últims anys hem constatat un creixement exponencial dels mediàtics expedients de rescabament per “enriquiment injust” per part del sector públic de la nostra Comunitat, que no cessa, normalitzant així elevadíssimes compensacions econòmiques als qui realitzen prestacions per a les Administracions, per encàrrec d'aquestes, per a evitar el seu empobriment patrimonial i el correlatiu enriquiment d'aquelles.

Segona

Aquest augment desdibuixa la construcció jurisprudencial d'aquesta figura resarcitòria, configurada com un remei excepcional de justícia material.

Tercera

En àmbits com la contractació del sector públic, l'ús abusiu de l'enriquiment injust “normalitza” la fugida de la legítima condició de contractista pels conductes legals, en col·lisió frontal amb els principis d'igualtat, transparència i lliure concurrència, així com amb les regles que protegeixen la lliure competència en el normal funcionament dels mercats. Al seu torn, l'abús d'aquesta via invisibilitza possibles conflictes d'interessos i impedeix o dificulta en gran manera el control de l'execució de la prestació.



Totes aquestes circumstàncies revelen que estem davant un focus important de riscos de frau i de corrupció en molts àmbits públics, especialment però no en exclusiva en el sector de contractació.

Quarta

De l'anàlisi jurídica global de la figura, partint de la jurisprudència i dels diversos corrents doctrinals, extraïem les conclusions que apreciem de més interès:

- Cap precepte legal de l'ordenament jurídic espanyol conté la seua regulació, sent una figura subsidiària de creació jurisprudencial que ha cristal·litzat al principi general del dret que prohibeix l'enriquiment injust i en l'acció concreta que empara el seu rescabament, per justícia material.
- L'aplicació del principi de l'enriquiment injust regeix en l'específic àmbit del Dret Administratiu com a origen de la seua obligació de pagament però amb les *singularitats pròpies de les relacions jurídic-administratives* i les especialitats pròpies de *l'exercici de potestats administratives*.
- Es tracta d'una font d'obligacions aliena a la institució de la responsabilitat patrimonial, quedant la seua finalitat compensatòria limitada al correlatiu empobriment de l'executant de l'encàrrec de l'Administració.
- La via de l'enriquiment injust com a font d'obligacions ha de jugar el seu paper natural operant només com a remei subsidiari dels mecanismes compensatoris previstos, en funció de l'àmbit material, en les diverses vies regulades en la legislació sectorial. En el cas de la contractació, la seua finalitat residual decau en favor de la compensació subsidiària de la restitució de prestacions en ocasió de la liquidació d'un contracte, prevista en la pròpia LCSP (article 42).
- La doctrina majoritària més actual dels òrgans consultius es mostra favorable a la revisió d'ofici de l'acte que motiva l'execució de la prestació objecte d'enriquiment injust, per estar incurs en causa de nul·litat de ple dret. Amb tot, també existeixen pronunciaments que advoquen perquè prevalguen el principi de seguretat jurídica i els límits de la revisió en garantia de la situació consolidada en favor de la contractista i no haja de procedir-se a la declaració de nul·litat.
- A la pràctica, la major part d'actes o actuacions viciades de nul·litat de ple dret no són depurades de l'ordenament jurídic via revisió. El legislador i els aplicadors del Dret se ceneixen a un procediment *ad hoc* de convalidació de la inexistència de crèdit per a pagar les factures mitjançant un mer acord de REI (autonòmic) o de REC (local) que suposa convalidar i permet realitzar el pagament.



- Existeix una diversitat de pronunciaments sobre la quantificació econòmica de la compensació (subsidiària de la restitució) que si escau procedisca en liquidar el contracte. La majoria dels Consells Consultius i òrgans judicials no es plantegen l'import; només si es va produir l'encàrrec i es va executar l'obra o servei, la qual cosa a la fi i fet i fet culmina en el pagament de l'import que demana el contractista en girar la seua factura.
- Algun autor, ha arribat a plantejar que per part del legislador es regule una espècie de procediment de restabliment de la legalitat vulnerada com a impediment a l'ús abusiu de l'enriquiment injust.

Cinquena

L'abús de l'enriquiment injust incrementa els riscos de frau i corrupció en els àmbits sectorials més afectats en les nostres institucions públiques, que hem enumerat en l'apartat III d'aquesta recomanació, distingint entre els comuns a qualsevol d'ells i els específics en l'àmbit contractual.

Sisena

L'enriquiment injust com a garantia de continuïtat d'un servei públic és una constant dels acords contraris a objeccions de la intervenció. Això planteja seriosos problemes en produir-se un buit en la cobertura de la necessitat pública pel lliure legalment previst. En matèria de contractació, es tracta d'una mesura excepcionalíssima, lligada a la nul·litat i no a la "pròrroga *de facto*" d'un contracte, més enllà de la nova previsió de l'article 29.4 LCSP, per la qual cosa, fora de tots dos supòsits, l'acord de continuïtat dels serveis públics accionaria el mecanisme de l'enriquiment injust, contribuint a la seua generalització, en contra de la seua naturalesa excepcional.

Setena

Un dels elements que contribuirien al funcionament íntegre, eficaç i eficient de les administracions públiques valencianes és l'eventual depuració de les possibles responsabilitats de tota índole d'autoritats i personal al servei de les administracions públiques que ordenen l'execució per un tercer d'una prestació al marge de la Llei, i, com l'altra cara de la mateixa moneda, la necessària consideració de la responsabilitat d'aquelles entitats públiques o privades que han executat la prestació sabent que, en fer-ho, estaven vulnerant l'ordenament jurídic o desviant l'interès públic de l'Administració a favor dels seus interessos particulars.



08

Recomanacions

Primera

Cal prendre consciència del caràcter excepcional de l'enriquiment injust, perquè només així podrem frenar l'ús abusiu d'aquesta pràctica que està servint d'«avantsala» d'alguns casos de corrupció, en la mesura en què es posa l'accent regulador en un sistema que permet el pagament a qui ha executat una prestació sense empara legal, sense informe jurídic ni fiscalització prèvia per l'òrgan de control intern corresponent i que, en molts casos, es limita a un acord de “rescabament per enriquiment injust” (REI autonòmic) o “reconeixement extrajudicial del crèdit” (REC local).

Segona

Posar el focus en la qüestió jurídic material que origina l'enriquiment injust, buscant solucions (o creant-les) en aquest àmbit, pot ajudar a posar fre al fenomen. Tot i que inicialment pot entendre's que aquestes solucions són més oneroses que el simple reconeixement extrajudicial de crèdit, considerem que l'«ús abusiu» d'aquesta figura exigeix reconduir dita pràctica atenent també, al marc normatiu substantiu d'aplicació, per imperatiu del principi de legalitat.



Tercera

És necessari que els operadors jurídics i intèrprets es presten a diferenciar entre l'expedient econòmic de REI o REC i el procediment substantiu del qual porta causa, sense refusar *per se* la revisió d'ofici del segon (la realitat jurídica que hi ha al fons de l'assumpte; l'execució de la prestació) per la inexistència de causa de nul·litat del primer (encarregat de tractar una omisió de fiscalització que possibilita un pagament no contemplat en pressupost). Podria ajudar a això l'elaboració d'un catàleg que oriente l'actuació de tots els intervinents diferenciant, per seguretat jurídica, els supòsits de nul·litat (susceptibles de ser revisats d'ofici) dels d'anul·labilitat i de les meres irregularitats invalidants.

Quarta

Les autoritats i operadors jurídics i de control han d'aplicar els procediments legalment previstos en les diverses normes sectorials tant els que regulen l'iter i els requisits a seguir per a realitzar l'encàrrec o contracte amb un particular, com els que les lleis ja contemplen per a compensar o rescabalar treballs realitzats. I, així mateix, han de complir-se necessàriament els procediments legals de control de l'execució. Això contribuiria a frenar l'abús del remei subsidiari del REI i complir el principi de legalitat.

Cinquena

Paral·lelament, i per als excepcionals suposats en què s'acudisca a la via del rescabament o reconeixement extrajudicial per enriquiment injust, podria articular-se un procés de millora reguladora que, en línia amb algunes propostes doctrinals, articule mesures sota el prisma del restabliment de la legalitat infringida, bé regulant *ad hoc* la via de l'enriquiment injust, bé en el si de la regulació actual del procediment de gestió d'aquesta despesa i, insistim, en qualsevol cas, respectant la seua subsidiarietat.

Sisena

L'enriquiment injust com a garantia de continuïtat d'un servei públic és una constant dels acords contraris a objeccions de la intervenció. Això planteja seriosos problemes en produir-se un buit en la cobertura de la necessitat pública pel lliit legalment previst. Ha de frenar-se aquesta pràctica recurrent institucional que adúltera elements tan essencials d'un contracte com la seua duració.



Setena

És absolutament necessari que s'unifiquen criteris quant a tots els conceptes que han d'incloure's en la quantia compensatòria/indemnitzatòria, pel bon funcionament de les administracions públiques i la seguretat jurídica. És essencial verificar que el quàntum econòmic de la compensació no excedisca del que corresponga com a contraprestació deguda pels treballs realitzats. És necessari dotar-se de mecanismes que verifiquen la recepció de la prestació per part de l'Administració, l'execució material de la inversió i el valor de l'efectivament executat.

Vuitena

Recordem la importància que es depuren, quan concórreguen els elements preceptius i previs els oportuns procediments contradictoris a aquest efecte, les responsabilitats de les autoritats o personal al servei de les administracions que van ordenar pel seu compte i risc l'execució d'una prestació al marge de l'ordenament jurídic aplicable i/o de les entitats públiques o privades que voluntària o conscientment de la seua il·legalitat, van decidir executar aquesta prestació per a garantir-se el cobrament d'aquesta, desviant així a l'Administració de la seua missió de servei públic en benefici d'interessos particulars de tercers.

I, avançant una mica més, resultaria clarificador per als òrgans administratius i judicials, que existira un consens a l'hora de diferenciar els il·límits penals de les irregularitats de caràcter administratiu, perquè actualment, davant supòsits de fet similars, existeixen pronunciaments judicials molt dispars i amb molt diferents conseqüències. En aquest sentit, hem de recordar que el dret penal és l'última ràtio i que no tota omissió o irregularitat administrativa pot ser titllada d'il·lícit penal.

Novena

És necessari posar en marxa mecanismes de prevenció de l'ús abusiu de l'enriquiment injust que eviten i/o minimitzen irregularitats constitutives de frau i corrupció:

- Integrar les polítiques públiques coordinant la planificació de totes les àrees de pràctica de l'organització: pressupost; pla anual de contractació; pla estratègic de subvencions; pla anual normatiu; planificació urbanística; planificació dels seus recursos humans, etc, per a detectar i evitar encàrrecs al marge del planificat i actuar en conseqüència.
- Adequar la dotació dels recursos humans, especialment reforçant els serveis jurídics, el personal tècnic i/o qualificat en els serveis gestors, i així mateix el personal de control intern. Ens juguem molt i les institucions hem de buscar solucions atesa la proporcionalitat dels nostres recursos; comptant amb recursos formats, que actuen amb domini de les matèries que



tracten en els seus respectius serveis i no “per por” a errors i responsabilitats fruit del desconeixement.

- Fomentar la implementació de sistemes tecnològics i d'intel·ligència artificial que permeten la detecció i control d'irregularitats en totes les fases, així com coadjuvar en les tasques de planificació i de gestió.
- Transparència, com un dels principals instruments per a garantir l'efectiva rendició de comptes de l'activitat pública a la ciutadania: molt especialment en els àmbits més afectats per enriquiment injust: contractació, subvencions, funció pública i urbanisme.

Desena

En l'àmbit concret de la contractació pública, tenint en compte que un dels requisits perquè prospere la via indemnitzatòria de l'enriquiment injust és la bona fe de qui executa l'encàrrec de l'Administració, es recomana incloure en les clàusules tipus dels Plecs (administratius i tècnics) una clàusula que prohibisca al contractista adjudicatari del contracte acceptar encàrrecs de la direcció facultativa o responsable del contracte al marge dels previs procediments legalment establits a aquest efecte. A sensu contrari, hauran de preveure's mecanismes interns dissuasius i disciplinaris contra el personal tècnic o responsable polític que realitze l'encàrrec al marge de la legalitat.



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.

