



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 191/2015

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de junio de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Política Social (por delegación de la Excma. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 5 de junio de 2015, sobre reconocimiento de obligaciones con omisión de fiscalización previa correspondientes a la contratación de "Reserva y ocupación de 120 plazas residenciales para la Atención de Personas con Discapacidad Intelectual en el municipio de Lorca" (expte. 242/15), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el expediente relativo al procedimiento de reconocimiento de obligaciones en caso de omisión de la fiscalización previa del gasto (artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia) constan los siguientes actos de instrucción:

1) Informe del Interventor-Delegado en el IMAS de 28 de mayo de 2015, emitido a raíz de que entraran en el órgano de control para su fiscalización previa diversas propuestas para pago de las facturas de la Asociación de Promoción al Deficiente, "ASPRODES", correspondientes a los meses de mayo a diciembre de 2014, sumando un total de 900.053,80 euros. Todas ellas se giran en concepto de liquidación de estancias residenciales de usuarios con discapacidad intelectual y grave discapacidad psíquica.

Dice el Informe que el 31 de agosto de 2013 finalizó el plazo de ejecución de dos contratos de gestión de servicios públicos, uno el de "Reserva y ocupación de 55 plazas residenciales para la atención de personas con discapacidad intelectual en Lorca" y otro sobre "Reserva y ocupación de 65 plazas residenciales en el municipio de Lorca para personas con grave discapacidad psíquica", siendo la entidad ASPRODES el adjudicatario de ambos; con carácter previo al vencimiento se inició la tramitación de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos en el que se propone la unificación de las 120 plazas en un solo contrato, de acuerdo con el informe propuesta que emite la Jefa de Servicio de Personas con Discapacidad, Inmigrantes y otros Colectivos, el cual, de conformidad con el artículo 172 a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), será adjudicado a la entidad ASPRODES. Tal procedimiento de contratación está en la actualidad tramitándose.

Señala también el informe que a los documentos contables y facturas se unen los certificados de que los trabajos

se han realizado satisfactoriamente, expedidos por la Jefa de Servicio citada, y también queda acreditado que existe crédito adecuado y suficiente para atender el pago que se propone.

Afirma que se trata de un gasto de naturaleza contractual realizado sin el preceptivo procedimiento que exige el TRLCSP. Por todo ello pone de manifiesto que se han incumplido los artículos 8, 19, 132, 138 y siguientes, 172, 275 y siguientes específicamente, y todos aquellos que les sea de aplicación del TRLCSP. El gasto no ha sido debidamente autorizado ni comprometido por el órgano competente, tal como establece el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, ni ha sido debidamente fiscalizado de acuerdo con los artículos 90.1, 92.1 y 93.1 del referido Texto Refundido, así como el artículo 18 del Decreto 161/1999, ya citado.

Finalmente, señala que según los criterios establecidos por la Circular 1/98, de 10 de julio, de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sobre tramitación y contenido de los informes a emitir cuando se observe la omisión de la fiscalización o intervención previa, no sería conveniente instar la revisión de los actos por razones de economía procesal, ya que el importe de la indemnización correspondiente no sería inferior al del gasto propuesto, y todo ello teniendo en cuenta que la empresa se limita a cumplir las órdenes de la Administración, quedando constancia en los expedientes de haberse realizado de conformidad la prestación del servicio.

2) La memoria de las causas de omisión de fiscalización, fechada el 28 de mayo de 2015, es suscrita por la Jefe de Servicio de Personas con Discapacidad, Inmigrantes y otros Colectivos, y por la Subdirectora General de Personas con Discapacidad. Indica que la Dirección General comenzó la tramitación de un nuevo y único contrato por la totalidad de las plazas (120) para que comenzara surtir efectos el 1 de septiembre de 2013, obteniendo autorización del Consejo de Gobierno el día 22 de marzo de 2013; el Director Gerente del IMAS aprobó los Pliegos por resolución de 6 de junio de 2013, acordando asimismo el inicio del procedimiento. Sin embargo, la tramitación sufrió incidencias que han impedido que el contrato se celebrara en la fecha prevista, tales como que el centro asistencial carecía de la imprescindible autorización de funcionamiento del Servicio de Acreditación e Inspección de la Consejería de Sanidad y Política Social, y un reparo formulado por la Intervención General, en informe de 15 de febrero de 2014, que entendió que la modalidad de contrato propuesta no era la adecuada, procediendo la de contrato de servicios, conclusión confirmada por el Consejo Jurídico. El expediente de contratación se ha reanudado con la aprobación de los Pliegos, la autorización del gasto y el informe de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, con la previsión de que produzca efectos a 1 de octubre de 2015. Justifica la continuidad del internamiento de los usuarios en la Residencia de ASPRODES en la imposibilidad de reubicarlos en otras residencias, al no existir plazas disponibles para todos ellos, circunstancia que persiste en la actualidad.

SEGUNDO.-Previa propuesta del Director Gerente del IMAS, la Consejera de Sanidad y Política Social formula el 1 de junio de 2015 una propuesta al Consejo de Gobierno para *"autorizar al Instituto Murciano de Acción Social el reconocimiento de la obligación económica derivada de la ejecución del servicio de "Reserva y Ocupación de 120 plazas residenciales para personas con discapacidad intelectual en el municipio de Lorca", por importe total de 900.053,80 euros, correspondiente a las facturas de julio de 2014 a diciembre de 2014"*; basa tal propuesta en las incidencias especiales que han concurrido en la tramitación del expediente de contratación, además de en otras circunstancias.

TERCERO.- Otros antecedentes a tener en cuenta son:

1) El procedimiento de discrepancia formulado por la Consejera de Sanidad y Política Social respecto a los

reparos que recogía el informe de fiscalización de la Intervención General de 15 de febrero de 2014 en cuanto a la calificación del contrato que fue consultado al Consejo Jurídico en aplicación de lo establecido en el artículo 12.12 LCJ, tenía por objeto un contrato denominado "Reserva y ocupación de 120 plazas residenciales destinadas a personas con discapacidad intelectual", en San Pedro del Pinatar. Resultado de esa consulta fue el Dictamen 322/2014, el cual observó que el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos acumulaba la contestación a dos consultas de dos contratos que dice idénticos, uno en San Pedro del Pinatar -remitido a este Consejo y que es objeto de la discrepancia-, y otro en Lorca, que no consta haya sido objeto de reparo y sobre el cual, obviamente, no podía tratar el Dictamen. Consideró, además, siguiendo la doctrina y jurisprudencia española y comunitaria, que el elemento relevante para llegar a la conclusión de que un contrato puede calificarse de gestión de servicio público, en la interpretación que del mismo se ha llevado a cabo en la jurisprudencia del TJUE, es la asunción del riesgo por parte del concesionario. Precisamente por ello, hay que ponderar si la calificación del contrato es o no correcta con independencia del *nomen iuris* empleado por el órgano de contratación, y concluyó que, al no darse tal transmisión de riesgos, el contrato objeto de la discrepancia debía calificarse como contrato de servicios, por lo que no había fundamento jurídico suficiente para entender que pudieran levantarse los reparos formulados por el Interventor General respecto a la calificación y duración del contrato. Tal procedimiento finalizó mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de febrero de 2015 que aceptó la renuncia de la Consejera citada a mantener la discrepancia, del cual se ha dado traslado a este Consejo Jurídico mediante oficio con registro de entrada del día 16 de junio de 2015.

2) Por su parte, el Dictamen de este Consejo Jurídico 347/14, de 17 diciembre, trató sobre el reconocimiento de obligaciones o gastos con omisión de fiscalización previa de la contratación de servicios relativos a la reserva y ocupación de 120 plazas residenciales para la atención de personas con discapacidad intelectual en el municipio de Lorca, referido a los gastos de liquidación de estancias residenciales de usuarios entre los meses de septiembre de 2013 y junio de 2014.

3) La Resolución de 22 de marzo de 2015, del Director-Gerente del IMAS, ha iniciado el procedimiento para contratar las prestaciones de servicios y, según se afirma, a 29 de mayo se había informado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el Servicio Jurídico del citado Instituto, y está pendiente la fiscalización previa por la Intervención.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Como expresa el escrito de formalización de la consulta, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y con amparo en el artículo 12.12 LCJ, al versar sobre una consulta relativa a unos gastos realizados con omisión de la fiscalización previa.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

El procedimiento previsto en el artículo 33 RCI señala como preceptiva una memoria "que incluya una explicación de la omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa y, en su caso, las observaciones que estime convenientes respecto del informe de la Intervención", memoria que, en este caso, refiere las causas de la omisión del expediente íntegro y, por tanto, de su fiscalización previa, aunque con la imprecisión que resulta de lo reseñado en el Antecedente Tercero 1).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

En diversas ocasiones en que ha examinado asuntos semejantes al consultado, ha destacado este Consejo Jurídico que se trata de una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental que se origina con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario, de que se ha observado, en este último, la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación, hecho subsumido en el artículo 28, d), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Siendo ello predecible del asunto consultado, también lo es que lo omitido no es sólo el trámite de fiscalización previa, sino el procedimiento íntegro de contratación y de aplicación del gasto, tal como revela el informe del Interventor, de lo que se deriva que el acto verbal de adjudicación del contrato es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser fuente de obligaciones para la hacienda regional, por ser insubsanable y no admitir la convalidación; la obligación de abono de los servicios tendría por título evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, que ha recibido los mismos (STS, Sala 3^a, sec. 7^a, de 30 de septiembre de 1999).

La cuestión objeto del Dictamen se centra en contrastar la actuación que del Consejo de Gobierno se pretende con lo requerido por el artículo 33 RCI, que disciplina la actuación a seguir cuando es necesario resolver incidentes originados por la omisión de fiscalización previa en la tramitación de expedientes que den lugar a gastos y pagos. Aunque ni mucho menos es ésta la primera ocasión que tiene el Consejo Jurídico de emitir su parecer sobre asuntos semejantes (los primeros dictámenes sobre la materia fueron del año 1998:10/98, 18/98, 20/98, 29/98, etc.), viene al caso recordar aquí que es competencia del Consejo de Gobierno resolver sobre la posibilidad de revisar el acto ilegalmente adoptado, o de que el órgano gestor reconozca la obligación ilegalmente contraída, opción ésta a la que no se opone el Interventor y, a la vista de lo actuado, tampoco este Consejo Jurídico, no sin antes aclarar que en tales casos la invalidez de la actuación administrativa genera una obligación de abono de las obras o servicios, pero tal obligación de abono no tiene por título el contrato ni el encargo, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido el producto de tal encargo irregular. Debe tenerse presente que el artículo 22.1 TRLH sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda regional en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen, acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta al Consejo de Gobierno consultada.

No obstante, V.E. resolverá.

