

Nº de Expte.: /20

Procedimiento: INFORME

Interesado: Ayuntamiento de

Ref.:

ANTECEDENTES:

Primero.- La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de, solicita informe jurídico en relación a la obligación del Ayuntamiento de aprobar y efectuar el pago de una factura emitida por la empresa, por ampliación de asfaltado de calles por importe de 21.943,35€. Esta factura está pendiente de abono al no constar en ese Ayuntamiento ningún acuerdo para la realización de estos trabajos o referencia alguna a esta ampliación.

Al objeto de recabar información y poder, eventualmente, hacer efectivo el pago de la factura, se realizaron los siguientes trámites:

1º Solicitar información mediante escrito a la empresa. Manifestando ésta que el alcalde anterior de forma verbal y aprovechando que las máquinas estaban en el lugar, le había mandado su ejecución (delante el Jefe de obra).

2º Requerir al anterior Alcalde, mediante notificación escrita, para que manifestara si había sido él personalmente que había autorizado su ejecución. No obteniendo respuesta.

3º Proceder a realizar una mediación y valoración de las calles asfaltadas correspondientes a la ejecución por la ampliación. Este trabajo fue realizado por el mismo técnico que había elaborado las memorias correspondientes a los años 2017 y 2018, que se ejecutaron a la vez.

El resultado de la medición y valoración exacta de esta ampliación de asfaltado realizada por técnico competente dio como resultado una cantidad de 17.303,52 euros, cantidad que es aceptada por

Teniendo en cuenta los datos facilitados por el Ayuntamiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, y el Reglamento de Asesoramiento y Asistencia a Municipios.

En base a estos antecedentes se emite el siguiente

INFORME:

LEGISLACIÓN APLICABLE

- ✓ Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local. (LRBRL)
- ✓ Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del Sector Público (LCSP)
- ✓ Real Decreto 1098/2001 de 12 de Octubre por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas.
- ✓ Real Decreto de 28 de noviembre de 1986, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. (ROF)
- ✓ Texto Refundido de la Ley 39/1988 de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. (LRHL), aprobado por Real Decreto 2/2004

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

PREVIA. La consulta planteada nos obliga a los efectos de llegar a una conclusión lo más acertada posible, a valorar dos aspectos fundamentales, el ámbito contractual y su posterior repercusión en la Hacienda Local en cuanto a la asunción de obligaciones derivadas de un contrato.

Primero- De los datos que nos aporta el Ayuntamiento parece probado que por el anterior Alcalde se encarga de forma verbal a un contratista que en ese momento está realizando obras en el municipio, que asfalte determinadas calles en el municipio de Lo cierto es que no existe expediente de contratación y si existe un encargo verbal.

La Ley de contratos del Sector Publico en su artículo 116.1 establece que la celebración de contratos por parte de las Administraciones públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta ley y que deberá ser publicado en el perfil del contratante.

Para otorgar válidamente un contrato, se deben observar y cumplir una serie de finalidades en orden a la preparación y adjudicación del mismo, que constituyen un requisito esencial para la existencia del contrato.

En el presente caso se ha prescindido de forma absoluta de todo procedimiento, incumpliendo toda la normativa de Contratos del Sector Público (LCSP), ausencia de

proceso licitatorio e incluso del simple trámite de la contratación menor prevista en el artículo 118 de la LCSP.

Sin entrar a valorar la competencia del Alcalde para contratar las obras de referencia por razón de la cuantía de las mismas, considerando los límites cuantitativos establecidos en la LCSP, se debe hacer constar que tal irregularidad (inexistencia de procedimiento) nos lleva a dos causas de nulidad de pleno derecho administrativas recogidas en la LCSP que en su artículo 39 prescribe que son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo este que en su letra e) establece como acto nulo de pleno derecho los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Y la LCSP indica además que serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia. *Esta causa de nulidad, considerando su conexión con la Ordenación de gastos y pagos, trataremos de ello en el apartado referente a la Hacienda Local.*

En resumen, la obra de ampliación de asfaltado de calles se realizó en el año 2018 sin procedimiento alguno y además con carencia de crédito por tanto existen dos causas, por lo menos, de nulidad de derecho administrativo, vicios que determinan su nulidad de pleno derecho que para surtir efectos tendría que ser declarada por la Entidad Local previo dictamen favorable del Consejo de Estado.

En primer lugar, cabe por tanto acudir a la vía de la responsabilidad contractual recogida en la propia LCSP (la acción de nulidad y la potestad de revisión de oficio), que requiere la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente como garantía de la legalidad y acierto de la Administración al adoptar esta potestad de carácter exorbitante.

Segundo. Ahora bien, la situación real es que las obras de ampliación de asfaltado de calles han sido realizadas y han pasado a integrar el patrimonio de la Entidad local, además acertadamente por el Ayuntamiento se ha procedido a la comprobación real de la obra por el técnico y a la valoración de las mismas con conformidad del contratista, no

obstante la anulación de las actuaciones, si no se abonara su importe, pugnaría con la justicia y equidad porque se beneficiaría de ella una parte contratante en perjuicio de la otra, creándose una situación de enriquecimiento injusto, prohibida por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La prohibición del enriquecimiento injusto es una construcción de carácter jurisprudencial (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 2012, rec. 5694/2010), que lo configura como un principio general del Derecho, por el que se reconoce de forma expresa que el tercero de buena fe que contrata con la Administración y que además cumple con sus obligaciones, no puede verse perjudicado por las irregularidades contractuales realizadas por ésta y, por lo tanto, aquél deberá ser resarcido de los daños que le han sido producidos; suponiendo, consecuentemente, el enriquecimiento injusto una de las formas de imputación a la Administración Pública, en aquellos supuestos en que ésta genera unos daños al contratista.

Por tanto, existen numerosas Sentencias que declaran la obligación de pago de la Entidad de las obras que han sido realizadas por encargo expreso de la Alcaldía y posteriormente entregadas y recibidas por esa Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir el Alcalde.

La conclusión es que el Ayuntamiento deberá acudir a la vía de reembolso de las obras realizadas, para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto de esta a costa del contratista de buena fe, naciendo una nueva obligación ex lege ajena a la relación contractual, ya que la declaración de nulidad implica la inexistencia de un nexo causal del que pueden derivarse obligaciones contractuales. Esta nueva obligación, por su carácter ex lege, podrá ser reconocida en vía administrativa, aún cuando se carezca de crédito para su efectividad. *De esta forma el expediente de enriquecimiento injusto se presenta como un instrumento a través del cual hacer efectiva la liquidación prevista en la normativa de contratación pública; si bien no debe perderse la perspectiva de que nos encontramos ante una obligación diversa a la que nacería de la relación contractual. En análogo sentido se pronuncia la STS de 24/10/2005.».*

Tercera .- Aprobación del gasto y pago de la factura.

Comprobada la realidad de la obra y realizada la valoración de estas con la conformidad del contratista, este tendrá que anular la factura anterior y expedir una nueva factura de este modo y si entramos en materia de fiscalización, el art. 215 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , dispone que si en el ejercicio de la función

interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución.

Y añade el art. 216.2 del TRLRHL que si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquél sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el presupuesto no sea adecuado.
- b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.

c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

- d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

Nosotros entendemos que está claro que la ausencia de contrato encaja en la letra c) del citado precepto y que, por tanto, se ha omitido un requisito esencial, por lo que el reparo ha de ser suspensivo. Y, por tanto, procede la resolución de la discrepancia, conforme al art. 217.1 que dispone que cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con este, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva. Esta facultad no será delegable en ningún caso.

Es decir, el procedimiento debe ser el que establece la Ley para la resolución de discrepancias en los reparos, y que se desarrolla actualmente por el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Una vez levantado el reparo se realizará si fuera necesario el oportuno un expediente de modificación presupuestaria, para crear un crédito extraordinario y pagar la correspondiente factura.

CONCLUSIONES

Primera: Aún cuando el contrato de obras es nulo de pleno derecho por la omisión total y absoluta del procedimiento de contratación y suscribir el mismo sin consignación presupuestaria, declaración de nulidad que en su caso habrá de efectuarse por esa Entidad Local previo dictamen favorable del Consejo de Estado o mediante la interposición de Recurso Contencioso Administrativo, ello no exonera a dicha Entidad de la obligación de abonar los gastos generados por la ejecución de la obra por el contratista de buena fe encargada por el anterior Alcalde.

Segundo: Respecto a la aprobación del gasto y pago de la factura y los supuestos en los que faltan requisitos esenciales (como es el contrato o la falta de consignación presupuestaria) lo que corresponde es la tramitación del reparo correspondiente.

La emisión del presente informe no sustituirá el informe del Secretario-Interventor titular del Ayuntamiento, que deberá emitir en los supuestos previstos en los artículos 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRLRHL), art. 173 del ROF y art. 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Es cuanto se asesora, haciendo constar que lo expresado en este Informe no posee carácter vinculante, no es preceptivo y está sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

LA SECRETARIA INTERVENTORA

SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO A MUNICIPIOS