EXCMO. AYUNTAMIENTO DE NERJA
INTERVENCIÓN

INFORME DE INTERVENCIÓN

Asunto: ***Facturas sin expediente de contratación***

El funcionario que suscribe, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, emite el siguiente informe en relación con la fiscalización de operaciones de gasto:

DESCRIPCIÓN DE LAS OPERACIONES

Han sido presentadas facturas relacionadas en documento adjunto por un montante de 84.763,94 euros, registradas en la cuenta 413. En todas ellas figuran diligencias acreditativas o conformidad con la prestación o derecho del acreedor y no contaban con dotación presupuestaria o era insuficiente al producirse la operación de gasto en el ejercicio 2018.

ANÁLISIS JURÍDICO

1. Las facturas relacionadas documentan relaciones contractuales que no vienen precedidas de las fases de autorización de gastos (aprobación del expediente de contratación) y disposición de créditos (adjudicación del contrato), como exigen los artículos 54 y 56 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril. La preparación y adjudicación de los contratos debió sustanciarse conforme a los preceptos pertinentes del Libro II de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (antes texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

2. El reconocimiento extrajudicial del crédito, en su caso, corresponderá al Pleno, por inexistencia o insuficiencia presupuestaria (artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, en contrario sentido).

Alternativamente podría plantearse el procedimiento de revisión de oficio por tratarse de actos que carecen de crédito y no han seguido el procedimiento establecido (artículo 106 de la Ley 39/2015, en relación con el 39 de la Ley 9/2017). La resolución de nulidad podría establecer la compensación de la prestación realizada.

Por esta vía la competencia recaerá en el órgano de contratación, según el artículo 41.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; precepto que viene a respaldar el criterio que ya mantenía el Consejo Consultivo de Andalucía (ver Dictamen 677/2017, de 22 de noviembre de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía).

3. La revisión de oficio nos sitúa en el contexto de la responsabilidad patrimonial; o sea, un crédito de una relación contractual trasmuta en una

INTERVENCIÓN Excmo. Ayuntamiento de Nerja

indemnización de daños y perjuicios. Nace una nueva obligación porque la declaración de nulidad implica la inexistencia de un nexo causal del que puedan derivarse obligaciones contractuales.

El artículo 42 de la Ley 9/2017 establece que el contrato nulo "entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".

Pero en principio las facturas documentan una prestación derivada de una relación que, aunque constituida verbalmente, es de naturaleza contractual, no extracontractual. Por ello entendemos que antes de iniciar el procedimiento de revisión de oficio lo lógico es que el Pleno excluya (deniegue) el reconocimiento de la obligación "ex contractu".

4. La nueva obligación, en caso de originarse, tiene importantes repercusiones para el tercero afectado. Según el Dictamen 270/2002 al no ser posible restituir "in natura" la prestación realizada, procede que la Administración liquide su valor, incluyendo "todos los costes (y tan sólo éstos) soportados por quien la efectuó", excluyendo el beneficio empresarial que se considera improcedente.

El Dictamen 843/2016, de 28 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, señala que la restitución de la que habla el artículo 35 citado sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos propios del contrato eficaz. A juicio del Consejo se presume que resulta altamente improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento por lo que no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como co-causantes de la nulidad. Concluye que no puede beneficiarse al contratista con el margen de beneficio industrial.

En su Dictamen 739/2018, de 18 de octubre, referido específicamente a este Ayuntamiento de Nerja, dice:

En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad, la doctrina de este Consejo Consultivo ha venido declarando que, en los casos de nulidad, la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato

eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el artículo 35 de la Ley[1]*, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó.*

(...)

De esta forma, aplicando el artículo 35.1 del TRLCSP, de conformidad con la doctrina de este Consejo Consultivo procedería el abono de los servicios prestados, debiendo comprobarse en la liquidación que se ha detraído correctamente el beneficio industrial, entendido éste en los términos y con los efectos que constan en la aclaración al dictamen 405/2016...

CONCLUSIÓN

Fiscalización disconforme con la forma de la operación proyectada, según establece el artículo 215 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

En Málaga, a 7 de marzo de 2019
El Interventor

INTERVENCION Excmo. Ayuntamiento de Nerja

Fdo.: Emilio González Jaime

[1] Se refiere aquí el Consejo al artículo 35 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo contenido es el mismo que el vigente artículo 42 de la Ley 9/2017