

FUNCIÓN INTERVENTORA EN LOS CONTRATOS MENORES. RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL, OMISIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA O REVISIÓN DE OFICIO EN CASOS DE AUSENCIA DE PROCEDIMIENTO.

Julio José ENRÍQUEZ MOSQUERA

Interventor del Excmo. Ayuntamiento de Cártama

SUMARIO:

1. Función Interventora en los contratos menores
2. La omisión de la función interventora
3. Revisión de oficio o Reconocimiento extrajudicial de créditos
4. Revisión de oficio para el supuesto de nulidad por ausencia absoluta de procedimiento en la adjudicación de los contratos menores
 - 4.1. Concepto de revisión de oficio
 - 4.2. Ausencia de procedimiento como causa de nulidad en la adjudicación de los contratos menores
 - 4.3. Efectos de la revisión de oficio: Liquidación del contrato con exclusión del beneficio industrial
 - 4.3.1. Abono del valor de la prestación: el enriquecimiento sin causa
 - 4.3.2. Exclusión del beneficio industrial
 - 4.4. Aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido
 - 4.5. Inexistencia de los intereses de demora de las operaciones comerciales
5. Procedimiento para la revisión de oficio del acto administrativo y la declaración de nulidad de pleno derecho
6. Posibilidad de adopción de la medida cautelar de abono del valor de la prestación a los proveedores durante la sustanciación del procedimiento
7. Conclusiones

1. FUNCIÓN INTERVENTORA EN LOS CONTRATOS MENORES

La denominada “contratación menor” es un procedimiento de contratación que ha sido utilizado históricamente con mucha profusión. Su agilidad, la sencillez del expediente de contratación asociado al mismo y la innecesariedad de ningún conocimiento técnico hizo que fuese la forma de contratación favorita de los políticos y de muchos gestores. Así, históricamente y también en la actualidad una gran parte del

presupuesto de nuestras Administraciones Públicas se ejecutaba (se ejecuta) a través de los denominados contratos menores.

Sin embargo, llegada la crisis económica y con la salida a la luz de casos de corrupción y de despilfarros realizados durante la etapa del boom económico el punto de vista sobre el contrato menor cambió radicalmente y en la actualidad, por fin, simplemente se considera como una zona de opacidad de la contratación pública que permite “legalizar” corruptelas y despilfarros. “En un alto porcentaje, el uso de la contratación menor, y su apariencia de legalidad, constituye una vía habitual que se utiliza para incumplir los preceptos legales correspondientes sobre publicidad y concurrencia”¹.

Al hilo de esta nueva visión de los contratos menores se modificó la regulación contenida en la legislación de contratos exigiendo mayores requisitos formales a este tipo de contratación tratando de evitar las actuaciones del pasado. Del mismo modo, se han sucedido pronunciamientos jurisprudenciales y de órganos consultivos que han dejado claro que un contrato menor precisa, como el resto de los contratos, un expediente de contratación, so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho y la correspondiente revisión de oficio.

El problema a la hora de ejercer la función interventora en dichos contratos es que se hallan expresamente exentos de fiscalización previa por lo que existen muchos requisitos exigidos por la normativa que no pueden ser objeto de control previo y sobre los que únicamente cabrá realizar un control a posteriori mediante el correspondiente control financiero. Así, por lo tanto, procede examinar qué supone la exención de la fiscalización previa y qué requisitos pueden ser objeto de control previo por el órgano de control interno vía Intervención del acto de reconocimiento de la obligación.

En primer lugar, tal y como se ha dicho anteriormente, los contratos menores se hallan exentos de fiscalización previa, tal y como se establece en los artículos 219.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo y el 17.a) del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local. Sin embargo, tal y como ya se ha apuntado anteriormente dicha exención no supone que no exista intervención de dichos gastos. Así la exención se refiere

¹Cristina Clementina Arenas Alegría (2019): “Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50 (enero), pág.

a la fiscalización previa² pero no a las fases posteriores del gasto, señaladamente a la intervención previa del reconocimiento de la obligación³.

Las cuestiones que deben ser objeto de comprobación con motivo del reconocimiento de la obligación, también en el caso de los contratos menores, se establecen en el artículo 19 del Real Decreto 424/2017 y son las siguientes:

- *“a) Que las obligaciones responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente, salvo que la aprobación del gasto y el reconocimiento de la obligación deban realizarse simultáneamente.*
- *b) Que los documentos justificativos de la obligación se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias que resulten de aplicación. En todo caso, en la documentación deberá constar:*
 - *1.º Identificación del acreedor.*
 - *2.º Importe exacto de la obligación.*
 - *3.º Las prestaciones, servicios u otras causas de las que derive la obligación del pago.*
- *c) Que se ha comprobado materialmente, cuando proceda, la efectiva y conforme realización de la obra, servicio, suministro o gasto, y que ha sido realizada en su caso dicha comprobación”.*

Los requisitos exigibles para los contratos menores se hallan, básicamente, contenidos en los artículos 118 y 131.3 de la LCSP y podemos resumirlos del siguiente modo:

1.-En primer lugar, deberá examinarse el importe del contrato, así como su plazo para verificar que, efectivamente, se trata de un contrato menor (artículo 118.1 LCSP).

2.-Informe previo de necesidad del contrato suscrito por el órgano de contratación (artículo 118.2 LCSP).

²Conforme a lo establecido en el artículo 8.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, “se entiende por fiscalización previa la facultad que compete al órgano interventor de examinar, antes de que se dicte la correspondiente resolución, todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores, con el fin de asegurar, según el procedimiento legalmente establecido, su conformidad con las disposiciones aplicables en cada caso. El ejercicio de la función interventora no atenderá a cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones fiscalizadas”.

³Conforme a lo establecido en el artículo 8.3 del Real Decreto 424/2017: “La intervención previa de la liquidación del gasto o reconocimiento de obligaciones es la facultad del órgano interventor para comprobar, antes de que se dicte la correspondiente resolución, que las obligaciones se ajustan a la ley o a los negocios jurídicos suscritos por las autoridades competentes y que el acreedor ha cumplido o garantizado, en su caso, su correlativa prestación. (...)”

3.-Aprobación del gasto e incorporación de la factura correspondiente (artículo 118.3 LCSP).

4.-Justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de los umbrales previstos en el artículo 118.1 (artículo 118.2 LCSP)

5.-Capacidad de obrar o habilitación profesional del empresario para realizar la prestación.

6.-Para los contratos menores de obras, además de lo anterior, el presupuesto de las obras y el proyecto cuando las normas específicas así lo requieran y, finalmente, el correspondiente informe de las oficinas o unidades de supervisión en su caso.

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como se ha dicho, la existencia de los requisitos anteriores no supone que deban de ser objeto de control por la intervención dado que muchos de ellos se encuadrarían dentro de la fiscalización previa de la que están exentos los contratos menores tal y como se ha dicho con anterioridad. Así por lo tanto la pregunta que procede realizar es cuántos de los requisitos anteriores se pueden encuadrar dentro de la intervención previa del reconocimiento de la obligación y, por lo tanto, deben ser objeto de comprobación por la Intervención Municipal. Aplicando el anteriormente citado artículo 19 entendemos que son los siguientes⁴:

1.-En primer lugar será necesario determinar que nos hallamos realmente ante un contrato menor verificando que no supera los importes, plazos y otras circunstancias que determina la LCSP^{5 6}

2.-Que se ha realizado la previa aprobación del gasto

3.-Incorporación de la factura con los requisitos reglamentarios que proceda, así como en el caso de existencia de proyecto técnico en los contratos de obra la correspondiente certificación de obra.

En todo caso la factura deberá contener:

1º La identificación del acreedor.

⁴ Todo ello sin perjuicio de que por la vía del control financiero se compruebe el cumplimiento de todos los requisitos anteriores.

⁵ En este sentido se manifiesta también el Informe de la Intervención General del Estado de 26 de septiembre de 2016.

⁶ Resulta interesante traer aquí a colación, si bien supera los límites de este trabajo, los pronunciamientos de diversos órganos consultivos en el sentido de que los contratos menores deben utilizarse para necesidades puntuales y esporádicas no recurrentes. Así informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Aragón 3/2018, de 13 de febrero y de la Comunidad Valenciana 4/2018, de 15 de junio. Asimismo, la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación sobre los contratos menores exige que se soliciten al menos tres ofertas para velar por la mayor concurrencia.

- 2º El importe exacto de la obligación.
- 3º Las prestaciones, servicios u otras causas de las que derive la obligación de pago.
- 4º Comprobación material de la inversión mediante la correspondiente recepción a conformidad del empleado público que recibe el material, servicio u obra⁷.

2. OMISIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA

Concretados los aspectos a verificar en la Intervención previa al reconocimiento de la obligación derivada de un contrato menor procede ahora referirse a qué sucede en aquellos casos en los que, como ocurre en más veces de lo que debería ocurrir en la Administración Local, en el expediente únicamente existe la factura debidamente conformada.

En estos supuestos se ha producido una adjudicación verbal, es decir, prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido. Cabe plantearse en estos casos si sería factible o no acudir al procedimiento establecido en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017 (es decir, la llamada convalidación de gastos del ámbito estatal).

En todo caso se considera que no nos hallamos ante un supuesto de la omisión de la función interventora y esto es porque, tal y como se verá más abajo, se trata de actos que se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, no sólo se ha producido la omisión de la función interventora sino de todo el procedimiento, lo que es un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme a lo establecido en el artículo 47.1.e) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Esta consideración ha sido realizada por la Sentencia de la Audiencia Nacional 2666/2018, de 6 de junio (nº recurso 1007/2016) que establecía en referencia a la convalidación de gastos (procedimiento idéntico en el ámbito estatal al establecido en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017):

“La omisión de trámites en los expedientes de contratación da lugar a infracciones del ordenamiento jurídico de diferente entidad, desde la total y absoluta omisión del expediente contractual (artículo 62 Ley 30/92, actual artículo 47 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), hasta la omisión de algún trámite que, aun tratándose de informes preceptivos, pudieran considerarse como anulables (artículo 63 Ley 30/92, artículo 68 Ley 39/2015).”

⁷ DA Tercera.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece que el órgano interventor no debe acudir a la recepción material de los contratos menores.

Sólo los actos anulables son convalidables (artículo 67 Ley 30/92, artículo 52 Ley 39/2015), no así los actos nulos de pleno derecho en los que sólo cabe la revisión de oficio para declarar su nulidad radical”.

Y más adelante:

“Hubo, obviamente, un encargo verbal. Los supuestos de contratación verbal sin procedimiento alguno no se pueden convalidar al ser nulos de pleno derecho”.

A mayor abundamiento la ausencia de fiscalización se habría producido con motivo de la aprobación y/o adjudicación del gasto, sin embargo, tal y como se establece en los artículos 219 del TRLRHL y 17.b) del Reglamento de Control Interno los contratos menores se hallan exentos de fiscalización previa. Efectivamente, dado que los contratos menores se hallan exentos de fiscalización previa (fases A y D), la función interventora se realiza con motivo del reconocimiento de la obligación (fase O) ¿cómo podría darse un supuesto de omisión de la función interventora si la fase O es la primera fase en la que interviene el órgano de control interno en esta clase de expedientes?

En definitiva, que no nos hallamos ante un supuesto de omisión de la función interventora que deba tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017.

3. REVISIÓN DE OFICIO O RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS.

Conforme a lo establecido en el artículo 60.2 del Real Decreto 500/90, de 20 de abril, de desarrollo de la Ley de Haciendas Locales en materia presupuestaria:

“Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria”

El Reconocimiento Extrajudicial de créditos fue (y es) una institución jurídica profusamente utilizada en la Administración Local como vía para “convalidar” aquellos gastos que incurrieran en flagrantes irregularidades como inexistencia de crédito, ausencia de procedimiento, excesos de obra, etcétera. En aquellos supuestos en los que se había producido una irregularidad que se entendía insubsanable (mayormente que suponía nulidad de pleno derecho) se acudía a al reconocimiento extrajudicial de crédito que permitía abonar los gastos al proveedor correspondiente por la vía del enriquecimiento injusto del servicio u obra recibido por la Administración cuando no se había seguido el procedimiento adecuado.

El reconocimiento extrajudicial de crédito ha permitido abonar los proveedores los gastos efectivamente realizados por los mismos, evitándoles a estos la costosa vía judicial, pero tampoco debe olvidarse que en múltiples ocasiones ha sido utilizado por los órganos gestores simplemente para no cumplir el procedimiento de gasto. Sin embargo, recientemente la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de la utilización de este

instituto como cauce para la subsanación de irregularidades en el ámbito de los contratos administrativos.

Así tanto la sentencia 148/2017 de 12 de junio del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Oviedo, como la Sentencia 128/2017, de 27 de junio del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Tarragona consideran improcedente la aplicación del instituto del reconocimiento extrajudicial de créditos en el ámbito de los contratos administrativos entendiendo que las irregularidades que se produzcan en su seno tienen una vía establecida en la propia legislación de contratos del sector público y que no es otra que la revisión de oficio. Así se establece en la actualidad en el artículo 42.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (en similares términos se pronunciaba el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) que establece:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que 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”.

Todavía se pronuncia con mayor rotundidad la Cámara de Cuentas de la Comunidad Autónoma de Madrid en su informe de 16 de mayo de 2019 en la que establece:

“Cuando la Administración, por causas imputables a ella misma, incurre en una actuación en la que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y el vicio no puede subsanarse y por tanto no es posible su validación, procede la aplicación del artículo 41 de la LCSP en relación con el artículo 106 de la Ley 39/2015, sobre revisión de disposiciones y actos nulos (...)

El reconocimiento extrajudicial de créditos no es, por tanto, un procedimiento independiente y sumario para el abono de cantidades a particulares prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido que pretende validar actos invalidables, es parte de un procedimiento de mayor calado en el que se reconocen hechos, se valoran circunstancias, se cuantifican costes y se establecen responsabilidades.

Presentar una factura al Pleno del Ayuntamiento y abonarla sin más es de una irregularidad temeraria”.

Así por lo tanto parece que la vía a seguir en los casos de contratos menores adjudicados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido procede incoar un procedimiento de revisión de oficio y no el reconocimiento extrajudicial de créditos⁸.

⁸ En contra sin embargo se pronuncia Javier Martínez Hellín en su trabajo “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 número 8, agosto 2019, pág. 113

4. REVISIÓN DE OFICIO POR EL SUPUESTO DE NULIDAD POR AUSENCIA ABSOLUTA DE PROCEDIMIENTO EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS MENORES

4.1. Concepto de Revisión de Oficio

Podemos definir la potestad de revisión de oficio como aquella potestad en virtud de la cual las Administraciones Públicas, haciendo uso de sus poderes de autotutela atribuidos por el ordenamiento jurídico, proceden a tramitar a nivel interno un procedimiento para proteger el interés público frente a los actos y disposiciones ilegales incurridos en alguno de los supuestos de nulidad o anulabilidad previstos legalmente, reconsiderando su actuación y tutelando los intereses individuales afectados.

Así, la Administración se halla sujeta al principio de legalidad y, por lo tanto, debe velar por que su actuación sea acorde con la misma en defensa del interés público y los intereses generales conforme a, entre otros el artículo 106 de la Constitución Española.

4.2. Ausencia de procedimiento como causa de nulidad en la adjudicación de los contratos menores

Tal y como se ha puesto de manifiesto en el punto 1 la adjudicación de los contratos menores precisa de la existencia de un procedimiento, establecido en la propia LCSP, con una serie de requisitos que deben de ser cumplidos. Sin embargo, es muy común en la Administración Local que la innecesariedad de un procedimiento de licitación público haga entender que no es necesario ningún tipo de procedimiento. Tal y como hemos visto esto no es así y lo que corresponde ahora determinar es si nos hallamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho o no.

Tal y como ya se ha indicado con anterioridad los contratos menores precisan de la existencia de un expediente que cumpla los requisitos establecidos en la LCSP y en el caso de que dicho expediente no exista ocurriría lo mismo que en cualquier otro expediente de contratación: Que nos hallaríamos ante un acto dictado con ausencia absoluta de procedimiento y por lo tanto nulo de pleno derecho conforme a los artículos 39.1 de la LCSP que considera supuestos de nulidad de pleno derecho todos los así considerados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y el artículo 47.1.e) de dicha norma que establece:

“Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

(...)

e) *Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (...)*”.

Pero es que además, tal y como se ha dicho, la nueva Ley de Contratos del Sector Público establece una serie de requisitos administrativos previos y bastante gravosos para los contratos menores que se han enunciado con anterioridad por lo que, si hecho el encargo no se había cumplido ninguno de ellos, parece evidente que la contratación se realizó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido.

Todas estas cuestiones, se han manifestado recientemente en la Jurisprudencia menor anteriormente citada. Así la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Oviedo que establecía:

“En efecto, la regulación legal no deja lugar a dudas de que si existen causas de nulidad de pleno derecho procede seguir la vía del artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Común y sólo en otros casos, además de los supuestos en que no exista dotación presupuestaria procederá el reconocimiento extrajudicial de créditos por el Pleno Municipal”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 128/2017, de 27 de junio (rec. 394/2016) del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Tarragona. Así decía:

“(Las facturas) “corresponden a trabajos y servicios realizados en el ejercicio 2015 sin contrato y que han sido presentadas durante este ejercicio 2016”, según se indica en el informe Número 001/2016 emitido por la Intervención Municipal de fecha 16/3/2016. Luego, siendo ello así, parece evidente que tales gastos no podían ser imputados directamente al presupuesto municipal vigente por haberse realizado bien sin dotación presupuestaria, bien por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en materia de contratación.”

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional 2666/2018, de 6 de junio, antes citada, establece con meridiana claridad:

“Hubo, obviamente, un encargo verbal. Los supuestos de contratación verbal sin procedimiento alguno no se pueden convalidar al ser nulos de pleno derecho”.

En el mismo sentido se han pronunciado diferentes organismos consultivos en materia contractual. Así por ejemplo la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su informe 9/2014, de 24 de noviembre establecía que “La adjudicación de obras verbalmente o careciendo de crédito suficiente sin que medie declaración de emergencia, o por órgano sin competencia para ello, adolece de vicios de nulidad para cuya declaración y efectos debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley 30/92 (...)

También el Dictamen 140/2004 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia establece que *“puede afirmarse que el acto verbal de adjudicación de los servicios, al margen del contrato en su día suscrito, es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser*

fuente de obligaciones para la hacienda municipal, por ser insubsanable y no admitir convalidación”.

4.3. Efectos de la revisión de oficio: Liquidación del contrato con exclusión del beneficio industrial

Tal y como se ha dicho anteriormente, los efectos de la nulidad del contrato se prevén expresamente en la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 42.1 que establece:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que 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”.

Así, por lo tanto, la propia LCSP establece en la actualidad la consecuencia de la nulidad del contrato que es, en la inmensa mayoría de los casos, dado que es imposible la devolución de las prestaciones, el abono del correspondiente valor. Tradicionalmente la doctrina se ha referido a dos institutos para hacer factible esta indemnización que son el enriquecimiento injusto y la responsabilidad patrimonial si bien en la actualidad es la propia Ley de Contratos la que establece en el artículo citado las consecuencias de la nulidad del contrato, tal y como establece la Sentencia antes citada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Oviedo citando el Informe del Consejo de Estado de 21 de diciembre de 2011 (Expediente 1724/2011), de forma que a partir de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, lo que se tramitaba como responsabilidad extracontractual en la actualidad no tiene porqué salir del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público.

Partiendo de lo anterior dentro del artículo 42.1 antes citado se diferencian dos cuestiones. En primer lugar, el abono de la prestación cuya devolución sea inviable, que estaría basada en la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, y que abarcaría únicamente, tal y como se ha dicho el valor de la prestación o mejor dicho el coste de la prestación. En segundo lugar y diferenciado del valor de la prestación procedería, en su caso, el abono de los daños y perjuicios a la parte que no resulte culpable. Dentro de estos daños y perjuicios se incluiría, como se verá, el beneficio industrial del contratista.

4.3.1. Abono del valor de la prestación: El enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento injusto o sin causa es una doctrina construida por la jurisprudencia civil integrándose dentro de los principios generales del derecho y, por lo tanto, también aplicable en el ámbito del derecho administrativo conforme a la

reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, positivizado en el ámbito de los contratos públicos en el artículo antes citado.

Así, en virtud del enriquecimiento injusto “nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo... (Sentencia del Tribunal Supremo número 1016/2006, de 6 de octubre). Sin perjuicio de ello, en la construcción Jurisprudencial que se cita, la aplicación del enriquecimiento sin causa tiene diversos requisitos que deben cumplirse y que son los siguientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956 y, por citar otras más recientes, la de 15 de abril de 2002 (rec. 9281/1996)):

- a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.
- b) El empobrecimiento de quien lo reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.
- c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea consecuencia de aquel. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.
- d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

A estos presupuestos cabe añadir otro más que es la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa. En este apartado tiene especial importancia la buena fe, predicable de la Administración (artículo 3 de la Ley 30/92) pero también de los particulares o terceros (artículo 7 del Código Civil) (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 11 de Junio de 2012 (rec. 542/2010)).

Esto supone que, previsiblemente, en la revisión de oficio habrá de fijarse una indemnización a cada uno de los proveedores que alcanzará, al menos el total de las prestaciones efectivamente realizadas y percibidas por los mismos, con lo que su cuantía será similar al importe de la factura, pero habiendo de descontarse el beneficio industrial pues no forma parte del coste de la prestación.

4.3.2. Exclusión del beneficio industrial.

Tal y como se ha dicho con anterioridad el artículo 42.1 antes citado incluye únicamente el abono de las prestaciones efectivamente realizadas lo que no incluye el

beneficio industrial que es un 6%⁹ del dicho valor y que se abonaría únicamente en el caso de que fuese la Administración la que resultase culpable, tal y como se establece en la frase final de dicho artículo.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 462/2013 (rec. 5082/2010) de 11 de enero de 2013 en la que se establece que el lucro cesante (beneficio industrial) debe ser objeto de la indemnización en caso de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones pero NO en el caso de nulidad del contrato, precisamente porque no debería desplegar ningún tipo de efecto y mucho menos los mismos que un contrato válido. Así establecía:

“Las normas citadas remiten a los preceptos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y en esta materia se debe partir de que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización (artículo 142.4º LRJAP) y que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2º LRJAP).

(...)

Ahora bien, cuando el artículo 1106 CC regula la indemnización de perjuicios lo hace en relación con el incumplimiento de las obligaciones, regulado en el artículo 1101, y como se ha razonado antes, el efecto del incumplimiento de una obligación y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables. De lo contrario, se llegaría a la situación paradójica de que desde el punto de vista de las obligaciones nacidas del contrato la anulación de éste y su validez generarían iguales efectos, pues si la anulación del contrato y en consecuencia la de las obligaciones derivadas del mismo, produce en cuanto a estos el efecto de establecer como indemnización por su incumplimiento el deber de abono del lucro cesante que se hubiese obtenido del cumplimiento de la obligación, a la postre la parte perjudicada por la anulación del contrato percibiría de la contraria el mismo beneficio que si el contrato hubiese sido válido; y ello sin la carga sinalagmática que representa para ella el cumplimiento de las prestaciones del contrato.

Sin negar que el artículo 65 cuestionado determine el deber legal de indemnizar, no solo daños, sino también perjuicios, lo que no cabe es que, para la identificación de éstos, con todo el problematismo que ello pueda acarrear, dichos perjuicios puedan establecerse acudiendo al régimen legal de algo diferente a la nulidad de la obligación, como es su incumplimiento.

⁹Artículo 131.1.b) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La invalidez y la resolución del contrato son instituciones diferentes a las que no cabe duda que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada. La invalidez del contrato supone que la obligación no ha llegado a nacer válidamente y la resolución del contrato supone privar de efectos a una obligación válidamente nacida al mundo del derecho.

De todo lo anterior se desprende que, sin negar que además del daño deban indemnizarse los perjuicios, y que estos sean diferenciables de aquellos, esa identificación y prueba no puede consistir en la de los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación existente, que es precisamente lo que se hace al considerar como tales perjuicios el lucro cesante ligado al incumplimiento de obligación”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 636/2013, de 15 de abril (rec. 796/2011).

A los razonamientos anteriores el Consejo Consultivo de Andalucía añade en dictámenes como el 270/2002, el 484/2006 o el 843/2016, la consideración de que realmente no se trata de un supuesto de culpa de la Administración, sino que se produce una concurrencia de culpas con el contratista dado que no puede desconocer el modo de contratar de la Administración, con lo que el beneficio industrial no debería incluirse en la indemnización. Así por ejemplo en el Dictamen 270/2002 establecía:

“En este caso, la exclusión del pago del beneficio industrial deriva del hecho de que también los contratistas deben reputarse cocausantes de la nulidad, pues resulta altamente improbable que contratistas de la Administración desconozcan, por mínima que sea su diligencia, que no existe contratación verbal cuando de establecer relaciones contractuales con la Administración se trata.

(...)

En estas condiciones, como afirma la jurisprudencia, es ociosa una mayor o menor gradación de las respectivas culpas desde el momento en que concurren de modo absolutamente determinante a la producción del resultado; y, siendo ello así, las culpas se compensan”.

En este sentido, con el tenor literal del artículo y los informes citados de los Consejos Consultivos parece que debería desterrarse la idea de una culpa automática de la Administración en estas situaciones que, en su caso, debería apreciarse previo expediente administrativo en el que se determinase las circunstancias que imputan la culpa a la Administración y más importante todavía eximen la del contratista dado que parece difícil que la aceptación por parte de un empresario de un encargo verbal por parte de una Administración sea considerada una actuación realizada con un adecuado nivel de diligencia, que debería ser la diligencia de un ordenado comerciante. Ésta exige una adecuada información previa a la realización de un negocio. En este sentido parece lógica la existencia de algún tipo de documento vinculante previo a la realización de los servicios, incluso aunque la contratación no se realizase con una Administración.

4.4. Aplicación de Impuesto sobre el Valor Añadido

En relación con el IVA en el ámbito tributario rige el principio de la exigibilidad del impuesto con independencia de los vicios de que adolezca el negocio jurídico (por ejemplo, el artículo 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria). Así, pese a que el contrato sea declarado nulo, los servicios/suministros efectivamente recibidos sí estarán sujetos a IVA por lo que la cantidad correspondiente habrá de ser abonada al contratista (así Informes del Consejo Consultivo de Andalucía 270/2002 ó 71/1997). En este sentido debe destacarse que, dado que se descuenta el importe correspondiente al beneficio industrial, el IVA también será menor.

En definitiva, la indemnización que procede es el coste del servicio y/o el suministro, pero descontándose el beneficio industrial que asciende al 6%. A esta cantidad se le debe aplicar el IVA correspondiente y ese sería el importe a abonar a cada contratista.

4.5. Inexistencia de Intereses de Demora

Finalmente, otra cuestión que cabe considerar es la posibilidad de que el contratista solicite los intereses de demora en relación con las prestaciones realizadas dado que, habitualmente, la tramitación de estos expedientes alargará el período de cobro más allá de lo establecido en la LCSP.

Sin embargo, no puede aplicarse a los casos de los contratos nulos los intereses moratorios establecidos por la LCSP dado que su aplicación precisa en todo caso la existencia de un previo contrato válido. En este sentido de pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional 2666/2018, de 6 de junio, antes citada.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.

Conforme a lo establecido en el artículo 41.1 de la LCSP la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará conforme a lo establecido en el Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. El procedimiento establecido en dicha norma es, en síntesis, el siguiente:

- Incoación de oficio o a solicitud del interesado. En este caso podemos decir que se trata de una incoación de oficio.
- Informe de los servicios jurídicos del propio Ayuntamiento.
- Fiscalización de la Intervención¹⁰

¹⁰Conforme a lo establecido en el punto PRIMERO.2 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008 respecto del ejercicio de la función interventora en su modalidad de requisitos básicos cuando un expediente precise dictamen previo

- Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma
- Resolución del órgano competente.

En relación al órgano competente para declarar la nulidad. La Ley de Bases de Régimen Local no establece expresamente el órgano competente para la declaración de nulidad en casos diferentes al ámbito tributario. Sin perjuicio de ello es doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía y de otros órganos consultivos considerar como órgano competente al Pleno de la Corporación con carácter general.

Sin embargo, el ámbito de la contratación contiene normas específicas para la determinación de competencias. Concretamente el artículo 41.3 que establece:

“Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad o lesividad de los actos a que se refieren los apartados anteriores el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, (...)”

Asimismo, el apartado 4 de ese mismo artículo establece:

“Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

En definitiva, el órgano competente para declarar la nulidad será el órgano de contratación, Pleno o Alcalde según la distribución competencial establecida en la LCSP o bien órgano en quien delegue. Sin embargo, no es delegable la competencia relativa a la declaración de la indemnización tal y como se establece en los artículos anteriores.

de un órgano consultivo habrá de fiscalizarse el expediente con anterioridad a la emisión de dicho informe y, con posterioridad únicamente se verificará la existencia del mismo.

6. POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR DE ABONO DE LAS FACTURAS A LOS PROVEEDORES DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL EXPEDIENTE

Uno de las peores consecuencias que se producen en los casos de inexistencia de procedimiento en los contratos menores es la demora en el abono de las cantidades que procedan (indemnización o precio). Esta eventualidad no le afecta a la Administración sobre la que, tal y como hemos dicho, no es posible exigir intereses de demora sobre indemnización que finalmente proceda. Sin embargo, en el caso de los proveedores puede suponer un perjuicio añadido y, en cierto modo inútil.

En relación con los plazos de pago en el caso de revisión de oficio de los contratos menores dicho período puede dilatarse todavía más dada la necesaria tramitación de un expediente que precisa de un informe de un órgano consultivo. No olvidemos que el plazo de caducidad del expediente es de 6 meses y que el órgano consultivo tiene un plazo de 3 meses para emitir su dictamen, plazo que, por cierto, suspende el plazo de caducidad anteriormente señalado.

En este sentido entendemos que existe la posibilidad de adoptar la medida cautelar de abono a los contratistas de las correspondientes prestaciones hasta que se resuelva el expediente en base a los siguientes fundamentos:

En primer lugar, se trataría de una de las medidas provisionales del artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que establece:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.”

En el apartado 3 de dicho artículo se establecen una serie de medidas provisionales no exhaustivas que se pueden adoptar por el órgano administrativo para asegurar la eficacia de la resolución y entre las que se halla el depósito o consignación de las cantidades que se reclamen, medida no idéntica a la que se propone, pero muy similar y que responde al mismo fundamento.

Tal y como ya se ha dicho la tramitación del expediente excederá con mucho el plazo usual en el que los proveedores perciben el pago de sus facturas en los contratos válidamente celebrados, lo cual puede causar un perjuicio a los contratistas. En este sentido debe considerarse que el expediente contempla en todo caso el abono a los contratistas del coste de la prestación efectuada por el mismo pero la eficacia de dicho abono puede verse frustrado en el supuesto de que el pago del mismo se demore excesivamente en el tiempo, dado el coste financiero añadido que pueden sufrir los proveedores.

Así por lo tanto, y según las circunstancias del caso concreto entendemos que es posible la adopción de la medida provisional del abono al contratista de los costes de la indemnización con carácter previo a la resolución del expediente.

7. CONCLUSIONES

Conforme a todo lo anteriormente expuesto se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1.-Los contratos menores precisan de un expediente administrativo como cualquier tipo de contrato y han de incluir en el mismo las profusas exigencias de la LCSP. Sin perjuicio de ello no todos estos requisitos pueden ser objeto de comprobación previa por el órgano de control interno dado que se hallan exentos de fiscalización. Todo ello sin perjuicio de las actuaciones de control financiero que se realicen con posterioridad.

2.-En aquellos casos en los que se haya presentado una factura sobre una prestación efectivamente realizada sin ningún tipo de procedimiento previo procede realizar una revisión de oficio dado que es la vía prevista por la LCSP, no cabiendo otras vías que como la omisión de la función interventora o el reconocimiento extrajudicial de créditos.

3.-Declarada la nulidad del contrato, en caso de resultar inviable la devolución de lo recibido, procede el abono por parte de la Administración del valor de la prestación efectivamente recibida por la vía del enriquecimiento injusto, no procediendo el abono del beneficio industrial por resultar este concepto ajeno al enriquecimiento de la administración y al empobrecimiento del proveedor. Si no se prueba la culpa de la Administración no se abonará dicho beneficio industrial por entenderse que existe concurrencia de culpas.

4.-Finalmente, y pese a que se han alzado voces en contra de esta construcción de la jurisprudencia y de la doctrina, que supone en la práctica la exclusión del beneficio industrial de lo que se le abona al proveedor, quiere destacarse que a muchos profesionales nos parecía absolutamente incoherente que tuviese el mismo efecto un contrato que cumpliese todos los requisitos establecidos y uno que fuese nulo de pleno derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, Sergio E. “Invalidez de los contratos y reconocimiento extrajudicial de créditos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 2 Sección Presupuestos y Contabilidad, febrero 2019, pág. 42.

GARCÍA MACÍAS, José Luis: “Gastos Presupuestarios y Reconocimiento Extrajudicial de Créditos”, *Revista Auditoría Pública número 30*, pp. 59-65.2003.

GARCÍA MOLINERO, Álvaro: “La necesaria tramitación del procedimiento de revisión de oficio ante prestaciones realizadas sin la necesaria cobertura contractual.

Análisis jurisprudencial”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 6, Sección *Gestión y problemática y pequeños municipios*, junio 2019, pág. 80.

MARTÍNEZ HELLÍN, Javier: “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 Sección *Contratación del Sector Público*, agosto 2019, pág. 113.

ORQUÍN SERRANO, Juan José: “Cuestiones a tener en cuenta ante la nulidad de los contratos administrativos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 8 Sección *Contratación del Sector Público*, septiembre 2018, pág. 79.

PRADA RODRÍGUEZ, Alba y HERRERO GONZÁLEZ, Elena: “El Reconocimiento Extrajudicial de Crédito”, *Revista Auditoría Pública* número 66, PP. 119-126. 2015

SOLER MIFSUD, Eva: “La contratación verbal en la Administración Local: Efectos, procedimiento a seguir y responsabilidades que pueden derivarse” *Revista Auditoría Pública* número 70, pp. 127-134. 2017.